

09/16/2013

Miguel Ángel Bernal Blay

La competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación que se interponen contra actuaciones susceptibles de recurso de las entidades locales viene determinada por las normas de las Comunidades Autónomas, cuando éstas tienen atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación. Lo ordinario (y también lo subsidiario) ha venido siendo que la competencia se atribuya al mismo órgano que resuelve los recursos interpuestos en relación con los contratos de las respectivas Administraciones autonómicas en cuyo ámbito territorial se encuentren dichas Entidades locales. No obstante, Andalucía, País Vasco y Cataluña contemplan expresamente la posibilidad de que sus Entidades locales puedan constituir órganos de recurso especial diferentes del órgano autonómico que se ha creado en cada una de esas Comunidades.

Existen, no obstante, algunas diferencias en las Comunidades citadas. De una parte, mientras la normativa vasca y catalana exige una población mínima para que los municipios puedan crear esos órganos propios de recurso especial (50.000 habitantes en ambos casos), la normativa andaluza reconoce tal posibilidad a cualquier municipio (al margen de su población). Por otro lado, la normativa vasca y catalana reconocen la competencia subsidiaria del órgano de recurso autonómico en tanto no se haya constituido el órgano de recurso propio por la entidad local, subsidiariedad que no quedó recogida en la normativa andaluza y que ya ha provocado algún conflicto de competencia al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (en su Resolución núm 73/2012, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía conocía de un recurso interpuesto contra un contrato del Ayuntamiento de Jaén, entidad que ni había creado su órgano de recurso ni había conveniado con el Tribunal autonómico, y que cuestionó la competencia del órgano autonómico para conocer del recurso. En aquel caso el Tribunal andaluz concluyó la inadmisibilidad del recurso a la vista de la ausencia de una norma o convenio que le atribuyese la competencia para resolver ese recurso. Sin embargo, esa inadmisión no puede esconder, tal y como de manera acertada señalaba el propio Tribunal de la Junta de Andalucía, “un flagrante incumplimiento del Derecho autonómico, estatal y europeo de contratos públicos”).

El desarrollo de la citada previsión también ha sido desigual en las tres Comunidades Autónomas. Salvo error u omisión, ningún municipio catalán o vasco ha constituido su propio órgano de recurso (en País Vasco las tres Diputaciones Forales sí que han creado sus propios órganos de recurso), mientras que en Andalucía tenemos constancia de la creación de órganos de recurso en las Diputaciones de Granada y Jaén, y en los municipios de Granada, Sevilla y Málaga.

En relación con la composición de los órganos de recurso, y en concreto, con la necesaria independencia de sus miembros respecto de las entidades cuyos actos y resoluciones son objeto de recurso, traemos a colación un reciente [Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya \(9/2013, de 26 de julio\)](#)

que analiza la Composición y características de los órganos de resolución de recursos especiales en materia de contratación pública de las entidades locales. Recordemos que la independencia del órgano de recurso, y por extensión, de los miembros que lo integran, es una de las principales garantías de eficacia del recurso, y por tal motivo aparece expresamente señalada como requerimiento claro, preciso e incondicionado en el art. 2 quinquies de la Directiva 89/665/CEE, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros o de obras, según la redacción dada por la Directiva 2007/66/CE.

La principal conclusión de este informe es que “la independencia del órgano colegiado competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación pública comporta que éste esté integrado por miembros que no tengan ninguna vinculación con el órgano de contratación o con la mesa de contratación u otro órgano que lo asista”. Y eso se traduce en que no pueden formar parte del órgano de recurso los miembros del órgano de contratación ni del órgano de asistencia al órgano de contratación (Mesa de contratación), circunstancias que inhabilitan para formar parte del órgano de recurso al Alcalde, al Secretario municipal y al Interventor, así como al personal del correspondiente servicio de contratación.

Según el citado informe, no puede formar parte del órgano de recurso el Alcalde, por su condición de órgano de contratación en unos casos, o de miembro del órgano de contratación cuando la competencia para contratar se encuentra atribuida al Pleno.

En relación con la posibilidad de que formen parte del órgano de recurso el Secretario y el Interventor, “debe tenerse presente que, de acuerdo con la disposición adicional segunda, apartado 10, del TRLCSP, ambos necesariamente tienen que formar parte de la mesa de contratación, como vocales. En este sentido, teniendo en cuenta que la mesa es el órgano de asistencia de los órganos de contratación, a la cual corresponde, de conformidad con el artículo 320.1 del TRLCSP, valorar las ofertas en los procedimientos abiertos y restringidos y en los procedimientos negociados con publicidad, se puede afirmar que difícilmente el secretario y el interventor pueden reunir las condiciones de objetividad, imparcialidad e independencia que, ... deben darse en los miembros de los órganos competentes para resolver los recursos especiales en materia de contratación. Ciertamente, la absoluta independencia funcional y la falta de sumisión a ninguna jerarquía ... requiere necesariamente la ausencia de cualquier intervención en el procedimiento de contratación de los miembros de este órgano”.

El mismo argumento sirve de base para entender que “difícilmente cumple las condiciones de objetividad, imparcialidad e independencia la persona que ocupa el puesto de trabajo de jefe de contratación ..., considerando que las funciones que corresponden a este puesto de trabajo, con carácter general y en todas las administraciones públicas, implican la gestión del procedimiento de contratación en todas sus fases, incluida su adjudicación”. Aunque el informe se refiere únicamente al jefe del servicio de contratación, entendemos que los mismos argumentos serían aplicables al resto del personal perteneciente a dicho servicio, dependientes jerárquicamente del jefe de dicho servicio.

El informe se pronuncia además sobre la posibilidad de que algunos de los anteriores puedan actuar como Secretarios del órgano de recurso, negando tal posibilidad: “...hay que entender que el secretario del órgano de resolución de recursos, a pesar de tener voz pero no voto, también tiene que cumplir las condiciones mencionadas, en la medida en que puede tener determinada participación en las decisiones del órgano de resolución de recursos, a pesar de no

adoptarlas directamente”.

En el informe se deja a salvo la posibilidad –si bien es cierto que de una manera muy, muy limitada- de que pueda formar parte del órgano competente para la resolución de recursos un miembro electo de la Corporación o un funcionario municipal que desarrolle funciones distintas a las de contratación. “Dado que tanto los miembros electos como el personal funcionario de carrera de las corporaciones locales pueden formar parte de las mesas de contratación, en caso de que así sea, resultan de aplicación las consideraciones efectuadas anteriormente con respecto al secretario y al interventor de la corporación municipal”. Además, aunque el informe no se refiere a tal posibilidad, cuando fuese el Pleno quien actuase como órgano de contratación, tampoco un miembro electo podría formar parte del órgano de recurso. Solo en el supuesto de que no formaran parte de las mesas de contratación –ni del órgano de contratación-, “su independencia para poder formar parte del órgano competente para la resolución de recursos podría quedar garantizada si las funciones que desarrollaran o que tuvieran atribuidas no estuvieran relacionadas con los actos que tuvieran que ser objeto de revisión por parte de este órgano”, siempre que quedara acreditada la “especial capacidad, experiencia y conocimientos en materia de contratación pública” que resulta precisa, “considerando el carácter especializado de este órgano”.

Las consideraciones que se vierten en el Informe señalado –y que compartimos en su integridad- determinan la necesidad de realizar –en algún caso- ajustes en la composición de algunos órganos de recurso especial ya constituidos en Entidades Locales. En otro caso, la necesaria independencia de estos órganos de recurso podría ser cuestionada por los recurrentes, planteando el posible incumplimiento de la Directiva en materia de recursos por dichas Entidades Locales.