



■ **EL CONSULTOR**
DE LOS AYUNTAMIENTOS

El recurso especial en materia de contratación en el ámbito local

*José Enrique
Candela Talavera*

El recurso especial en materia de contratación en el ámbito local

José Enrique Candela Talavera

© José Enrique Candela Talavera, 2020
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: abril 2020

Depósito Legal: En trámite (Primer trimestre 2020)
ISBN versión impresa: 978-84-7052-821-7
ISBN versión electrónica: 978-84-7050-822-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN EN EL ÁMBITO LOCAL

José Enrique CANDELA TALAVERO

CAPÍTULO VII

EL ÁMBITO OBJETIVO Y MATERIAL DEL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. ESPECIAL INCIDENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

7. EL OBJETO

7.1. Dimensión objetiva

7.1.1. *Contratos admitidos y excluidos del recurso especial*

En la delimitación de los tipos contractuales susceptibles de control mediante el recurso especial, debemos comenzar señalando la novedad de los tipos enumerados y definidos en la LCSP2017 (artículos 12 a 18). Sus novedades son que se delimitan ahora los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios (artículo 12.1 LCSP2017), no aparece ya el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, el contrato de gestión de servicio público que pasa a denominarse contrato de concesión de servicios, en el que se asume el riesgo operacional por el concesionario para diferenciarlo del contrato de servicio y el contrato de concesión de obra pública que pasa a denominarse contrato de concesión de obra.

La operación de calificación, como bien definiera VALCÁRCEL FERNÁNDEZ⁽⁴⁷⁷⁾ no es sino «la identificación del tipo contractual al que debe reconducirse la celebración de un contrato es una de las operaciones más relevantes que debe acometer un órgano de contratación cuando decida impulsar una licitación

(477) VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La delimitación de los tipos contractuales», en *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, (Dir. GIMENO FELIÚ, J.M.), Primera edición, Ed. Thomson Reuters ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 415 y «La nueva directiva europea de concesiones (Directiva 2014-23/UE). La tipificación de los contratos como «concesión de obras» o «concesión de servicios». En particular, el concepto de transferencia de riesgo operacional», *Contratos administrativos, equilibrio económico-financiero e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas* (Coord. EGON BOCKMANN MOREIRA), 2016, pp. 223-251.

pública», añadiendo para el de colaboración que «pocos serán los que lloren la desaparición del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, al cuestionarse desde su introducción la oportunidad de su reconocimiento autónomo y su mejor acomodo en otras figuras como en los contratos de naturaleza concesional». A tal efecto, el Dictamen n.º 1100/1995, de 11 de octubre, del Consejo de Estado incidía en que la jurisprudencia utiliza el criterio «finalista» para poder calificar los contratos celebrados por una Administración Pública:

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene exigiendo, como manifestación o exteriorización de ese fin de «interés público» condicionante del eventual carácter jurídico-administrativo del vínculo contractual, su constancia, bien en las bases del concurso, en el pliego de condiciones que rige la licitación o en la escritura pública que formalizó la venta, en su caso (SSTS de 30 de octubre de 1983, 11 de noviembre de 1985, y 8 de marzo de 1986).

El carácter administrativo o civil, por ende, de un contrato sólo puede inferirse de un análisis sustantivo del mismo, sin que sean a veces determinantes las declaraciones de sometimiento a un determinado régimen jurídico o a un determinado orden jurisdiccional. Esta cualificación sustantiva o material del contrato dependerá fundamentalmente, de su contenido y finalidad (SSTS de 11 de marzo y de 26 de noviembre de 1985).

En consecuencia, tendrá carácter administrativo el contrato cuando quede constancia de su conexión con el fin de «interés público», reputándose como privado, si tal conexión no queda acreditada (STS de 19 de octubre y 28 de noviembre de 1981 y de 14 de julio de 1982). Más precisa resulta la Sentencia de 2 de julio de 1982, al afirmar:

«Existe contrato administrativo siempre y cuando el órgano con el que se celebra el contrato, y a través del cual expresa su voluntad la Administración, actúe en la esfera de su propio giro o tráfico, o lo que es igual, dentro del ámbito específico de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye su genuina misión y característica responsabilidad».

Para la calificación además otra nota a tener en cuenta, a su vez, será la calificación del bien ante el que nos encontremos, por cuanto si el mismo ostenta la condición de bien de servicio público debe recordarse la previsión que recoge el art. 74 del RD 1372/1986 de 13 junio 1986, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales-RBEL, cuyo apartado 2º dispone que el uso de los bienes de servicio público se regirá, ante todo, por las normas del Reglamento de servicios de las entidades locales y subsidiariamente por las del citado RBEL.

En ese sentido, el Informe n.º 13/2018, de 30 de mayo, de la JCCA de Aragón analizó las modalidades contractuales idóneas para la licitación de un bar-café-

tería en instalaciones o edificios públicos, eventualmente acompañado de la gestión de una piscina municipal, concluyendo que:

«En el caso de la atribución de facultades de ocupación y explotación de inmuebles públicos por particulares, particularmente en el caso de bares y cafeterías situadas en edificios o instalaciones públicas, la configuración como contrato de carácter patrimonial o como contrato administrativo depende de la causa del contrato y, en concordancia con ello, con la fijación de condiciones para la explotación por parte de la Administración. La finalidad de dar servicio a los usuarios de la instalación, junto con la fijación de condiciones de prestación, como las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, son claros indicios de la naturaleza administrativa del contrato»⁽⁴⁷⁸⁾.

Para abordar el aspecto material del recurso especial en la Administración Local se observa que «el exceso de juridificación de la legislación básica y el desarrollo autonómico deja poco margen para la regulación por las entidades locales. La autonomía local parece diluirse en un contexto normativo con una densidad regulatoria tan alta»⁽⁴⁷⁹⁾. Partamos de las notables novedades que la LCSP2017 presentan frente al TRLCSP2011 y que debemos comparar para conocer su actual y novedosa regulación también en la dimensión local, especialmente por la mayor extensión de los actos susceptibles de recurso especial (ciertas modificaciones, la formalización de encargos a medios propios y los acuerdos de rescate de concesiones) y el cambio de cuantías-umbrales de los contratos inferiores a las del importe armonizado, tantas veces instada y reclamada desde diversidad de instituciones (Observatorio de Contratación Pública, el Consejo de Estado, el Comité Económico y Social, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o Transparencia Internacional España) y desde la doctrina (GIMENO FELIÚ⁽⁴⁸⁰⁾) con lo que se logra «un hito en la filosofía práctica de la contratación pública, y debe ser el inicio de un proceso para, tras dotar con medios y recursos a los órganos de recursos contractuales, extender al recurso especial a cualquier contrato al margen del importe», resultando novedades del nuevo recurso especial y de los tribunales administrativos calificada por GIMENO FELIÚ⁽⁴⁸¹⁾ «relevante dogmáticamente como de gestión práctica».

(478) JAVALOYES DUCHA, M.H., «Los negocios patrimoniales en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Especial referencia a la gestión patrimonial en las entidades locales», *Revista Derecho Local*, 1 de enero de 2019.

(479) DIEZ SASTRE, S., «Ejes de la reforma y nueva sistemática de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: el régimen jurídico aplicable», *Revista Federación de Municipios de Cataluña*, 2017, pp. 11.

(480) GIMENO FELIÚ, J.M., «La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades», *Revista Documentación Administrativa* (DA) Nueva Época, nº 4, enero-diciembre, 2017, pp. 26.

(481) GIMENO FELIÚ, J.M., «Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública». *Ponencia del V Seminario de Contratación Pública*, Formigal, septiembre, 2014, pp. 23.

El recurso especial se perfila en un ámbito objeto de aplicación definido de forma positiva y negativa y en dos niveles, el primero relativo a los tipos de contratos en que opera y el segundo relativo a los actos y decisiones recurribles⁽⁴⁸²⁾. Así que el nuevo artículo 44.1 LCSP2017 dispone:

«1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores:

a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros, y de suministro y servicios, que tenga un valor estimado superior a cien mil euros.

b) Acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que tengan por objeto la celebración de alguno de los contratos tipificados en la letra anterior, así como los contratos basados en cualquiera de ellos.

c) Concesiones de obras o de servicios cuyo valor estimado supere los tres millones de euros.

Serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales, cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios.

Asimismo serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 23, y los encargos cuando, por sus características no sea posible fijar su importe o, en otro caso, cuando este, atendida su duración total más las prórrogas, sea igual o superior a lo establecido para los contratos de servicios».

Contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada, regulados en estos términos en el nuevo artículo 23 LCSP2017:

«1. Son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios definidos conforme a lo previsto en los artículos 13 y 17, respectivamente, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes:

a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.225.000 euros.

b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

(482) HERNÁNDEZ SALGUERO, E., «El nuevo objeto del recurso especial en materia de contratación», en *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, (Dir. GIMENO FELIÚ, J.M.), Primera edición, Ed. Thomson Reuters ARANZADI, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 641.



La figura central de este manual es el recurso especial en materia de contratación pública como instrumento de protección al licitador y mecanismo de vigilancia a la Administración. Se trata de una figura de enorme repercusión jurídica, social y económica, para cuyo análisis se presenta este libro estructurado en dos partes diferenciadas, una general y otra especial, que ofrecen soluciones en base a la doctrina jurisprudencial y de los tribunales contractuales, estando delimitada por la presencia de los principios generales de la contratación pública en los que descansan las distintas posturas y resoluciones.

En la parte general se analiza su evolución normativa y a su vez se estudian sus notas distintivas: la legitimación y los órganos encargados de su resolución, las fases del procedimiento

La parte especial se centra en la Administración Local, que examina el aspecto objetivo, es decir, los contratos admitidos y excluidos, y los actos y decisiones controladas por el recurso especial: el anuncio de licitación, los pliegos, los acuerdos de adjudicación, los actos de trámite cualificado, la modificación, el rescate de concesiones y la formalización de encargos a medios propios.

El libro concluye poniendo en valor los resultados prácticos que ofrece este instrumento jurídico y su efecto favorable respecto a la reducción de la litigiosidad contencioso-administrativa, esto es, el recurso especial visto como un medio de garantía de la contratación pública que resuelve si determinadas decisiones contractuales son conforme a Derecho.

