

El recurso especial en materia de contratación y la independencia del Tribunal de Cuentas

EDUARDO ANTUÑA ZARZUELO

Letrado del Tribunal de Cuentas

RESUMEN

El Tribunal de Cuentas, como Entidad Fiscalizadora Superior, goza de plena independencia en sus actuaciones de gobierno interno tal y como manifiesta el artículo 136 de la Constitución Española. Esta independencia se manifiesta, en el ámbito judicial, a través de la necesidad de impugnar ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial adoptados por los órganos competentes del mismo.

El recurso especial en materia de contratación es un mecanismo de control que supone una excepción a este particular régimen jurisdiccional dado que el órgano competente para el conocimiento de los recursos frente a las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en relación con los órganos de gobierno del Tribunal de Cuentas será la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

El origen y las consecuencias de esta excepción serán estudiados en este artículo a través del estudio de la evolución del recurso especial y la interpretación de su normativa.

PALABRAS CLAVE

Entidad Fiscalizadora Superior

Independencia judicial

Recurso especial en materia de contratación

Tribunal de Cuentas

Contratos Públicos

ABSTRACT

The Spain Court of Auditors, as a Supreme Audit Institution, has full independence in its internal organization, according to section 136 of the Spanish Constitution. This independence is manifested, in the judicial sphere, through the obligation to appeal the agreements adopted by its competent authorities related to matters of human resources, administration and asset management adopted by the competent bodies of the to the Third Chamber of the Supreme Court.

The special appeal in public procurement is a mechanism of control that constitutes an exception to this singular jurisdictional regime, given that the competent authority is the Central Administrative Court of Contractual Matters and the judicial appeals against its decisions are decided by the National Court and not by the Third Chamber of the Supreme Court.

The origin and consequences of this exception will be studied in this article, backed by the study of the evolution of the special appeal and the interpretation of its legal framework.

KEYWORDS

Supreme Audit Institutions

Judicial independence

Special appeal in public procurement

SAI Spain

Public Procurement

1. Régimen de impugnación de los actos dictados por los órganos de gobierno del Tribunal de Cuentas

Antes de estudiar las particularidades del recurso especial en materia de contratación en relación con el Tribunal de Cuentas, dada la naturaleza de esta materia, procede estudiar el particular régimen de impugnación de los actos gubernativos y en materia de personal dictados por sus órganos de gobierno.

El régimen de revisión de los actos de organización interna del Tcu viene fundamentado por la necesaria independencia del Tribunal de Cuentas como supremo órgano fiscalizador, que fue establecida en el artículo 5 de la Declaración de Lima de Criterios sobre las Normas de Auditoría surgido del IX Congreso de la INTOSAI y reiterada en la actualización de las mismas publicada en 1998.

Esta independencia viene recogida, dentro de nuestro ordenamiento, en el artículo 136 de la Constitución Española y es desarrollada en los artículos 3 y 5 de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, de Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCU).

El artículo 5 señala así que el Tribunal de Cuentas ejercerá sus funciones con plena independencia y sometimiento al ordenamiento jurídico y el artículo 3 le atribuye la competencia exclusiva para todo lo concerniente al gobierno y régimen interior del mismo y al personal a su servicio y la posibilidad de dictar reglamentos sobre su propio funcionamiento y organización así como sobre el estatuto de su personal y servicios dentro del ámbito de la presente ley y de la de ordenación de su funcionamiento añadiendo la posibilidad de dictar reglamentos en desarrollo, aplicación y ejecución de su Ley de Funcionamiento para establecer regulaciones de carácter secundario y auxiliar en todo lo relativo al Estatuto del personal a su servicio.

De forma consecuente con esta independencia, la revisión jurisdiccional de los actos dictados por los órganos de gobierno del Tribunal de Cuentas en ejercicio de sus funciones administrativas se atribuye, en el artículo 58.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, especificándose en el artículo 12.1.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA) que *«La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo.»*

Se configura, de esta manera, un régimen de impugnación judicial de los actos de gobierno de los órganos competentes del Tribunal de Cuentas (junto con los demás órganos constitucionales). Este régimen trata de garantizar la independencia de los órganos constitucionales al reservar para el órgano jurisdiccional jerárquicamente superior las cuestiones relativas a su organización interna y garantizando que los juristas de mayor prestigio conozcan de los asuntos que afecten a éstos excluyendo todo recurso posterior al tratarse de un procedimiento en única instancia.

Esto contrasta con las reclamaciones judiciales frente a los actos gubernativos de los órganos de gobierno de la Administración General del Estado (Ministros y Secretarios de Estado) frente a los procederá un recurso en una o dos instancias ante los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo o la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de conformidad con lo establecido en los artículos 9 y 11 de la LJCA. De esta forma, el Tribunal Supremo únicamente se pronunciará sobre estos asuntos en aquellos supuestos tasados en que proceda recurso de casación establecidos en el artículo 86 de la LJCA y siempre que presente interés casacional con arreglo al artículo 88 de la LJCA en los términos introducidos por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.¹

1.1. Actos de los órganos de gobierno del Tribunal de Cuentas susceptibles de recurso contencioso-administrativo

Procede, antes de estudiar las particularidades del recurso especial en materia de contratación en relación con el Tribunal de Cuentas, delimitar los actos dictados por los órganos de gobierno del Tribunal de Cuentas que son susceptibles de impugnación.

El artículo 25 de la LJCA establece, con carácter general, que son susceptibles del recurso contencioso-administrativo *«los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.»*

Es, por tanto, necesario que los actos expresos y presuntos de la Administración Pública hayan puesto fin a la vía administrativa para que sean susceptibles de recurso.

De forma congruente con esta disposición, la disposición adicional primera.4 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas (en adelante, LFTCU) establece:

«Los actos y disposiciones de los órganos del Tribunal dictados en el ejercicio de sus funciones gubernativas, o en materia de personal, serán impugnables en alzada ante el Pleno. Las resoluciones de éste en las mismas materias serán impugnables en vía contencioso-administrativa ante la correspondiente Sala del Tribunal Supremo.»

En el mismo sentido, el artículo 21.3.c de la LOTCU atribuye al Pleno del Tcu competencia para conocer de los recursos de alzada contra las resoluciones administrativas dictadas por órganos del Tribunal reiterándose esta atribución en el artículo 3.j. de la LFTCU.

En el caso de las actuaciones contractuales, esto supone la necesidad de agotar la vía administrativa a través de la interposición de recurso de alzada ante el Pleno del Tribunal de Cuentas frente a las actuaciones del órgano de contratación que es el Presidente de la institución o, por delegación, el Secretario General de la misma.

Las competencias del Presidente y el Secretario General vienen establecidas en el artículo 20.d de la LOTCU y el artículo 2.1.1.j de la LFTCU establecen como atribución del Presidente

1. Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

contratar las obras, bienes, servicios, suministros y demás prestaciones necesarias para su adecuado funcionamiento cuando hayan sido autorizados por el Pleno o la Comisión de Gobierno, o tengan carácter ordinario y periódico, señalando el apartado 2 de este artículo la posibilidad de delegar en el Secretario General el ejercicio de las competencias que le correspondan como órgano de contratación siempre que no requiera previa autorización o conocimiento del Pleno o de la Comisión de Gobierno.

Estas competencias se delimitan el artículo 3.q de la LFTCU al señalar que corresponde al Pleno de la institución otorgar autorización para contratar obras, servicios y suministros en los supuestos en que la legislación general de contratación del Estado exige la autorización del Consejo de Ministros y en el artículo 6.i al señalar como competencia de la Comisión de gobierno otorgar autorización para contratar obras, bienes, servicios y suministros en los casos en que el presupuesto correspondiente exceda de cinco millones de pesetas (30.000 euros), o en que se trate de gastos que no tengan carácter ordinario y periódico. En estos supuestos en que se requiere autorización, tal y como señala el artículo 2.2 de la LFTCU, el Presidente no puede delegar esta competencia en el Secretario General.

Frente a las citadas actuaciones contractuales del Presidente o el Secretario General puede, por tanto, interponerse recurso de alzada ante el Pleno y frente la resolución del mismo cabe únicamente la interposición de recurso contencioso en única instancia frente al Tribunal Supremo.

Este régimen de impugnación se quiebra, sin embargo, en el caso de contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación en los términos que se detallarán a continuación.

2. El Recurso Especial en Materia de Contratación en relación con el Tribunal de Cuentas

El recurso especial en materia de contratación es un recurso potestativo de naturaleza administrativa que puede interponerse contra actuaciones concretas del procedimiento de contratación pública.

Este recurso tiene su origen, a nivel normativo, en la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, si bien no fue incorporado a nuestro ordenamiento hasta la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP 2007) que reguló este recurso especial en su artículo 37 aunque con una regulación notablemente diferente a la establecida actualmente.

En relación con el Tribunal de Cuentas, esta Ley establecía en la disposición adicional tercera que *«los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, ajustarán su contratación a las normas establecidas en esta Ley para las Administraciones Públicas»* por lo que este recurso resultaba también de aplicación al Tribunal de Cuentas, al resultarles

de aplicación las normas de contratación de las Administraciones Públicas no establecerse excepción en el artículo 37.

La regulación actual a nivel europeo fue establecida por la Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre.²

El contenido de la Directiva fue incorporado al ordenamiento español por la Ley 34/2010, de 5 de agosto³ que incorporó la regulación del recurso especial en términos análogos a la legislación actual en los artículos 310 y siguientes de la LCSP2007. Esta nueva regulación, además de ampliar los supuestos que podrán ser objeto del recurso, estableció importantes novedades que afectan al Tribunal de Cuentas y que serán objeto de tratamiento especial en este artículo como son el carácter potestativo del mismo y el órgano competente para conocer de los recursos contenciosos relacionados con éste.

El artículo 311 la LCSP 2007 aclaró de manera expresa la cuestión relativa al sometimiento al recurso especial del Tribunal de Cuentas al crear el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales del que luego trataremos y que dispone que *«este Tribunal conocerá también de los recursos especiales que se susciten de conformidad con el artículo anterior contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas»*.

Esta regulación se incorporó en términos equivalentes los artículos 40 y siguientes del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

El recurso especial se regula actualmente en los artículos 44 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP)⁴ en los términos que se estudiarán a continuación.

2.1. Ámbito de aplicación del Recurso Especial en Materia de Contratación

El ámbito objetivo de este recurso viene establecido en el artículo 44 de la LCSP que señala en su apartado 1 que *«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 los contratos susceptibles de recurso especial en materia de contratación entre los que se encuentran:*

- 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.*

2. Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 1989/665/CEE y 1992/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos.

3. Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

4. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

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.»

Esta delimitación de los contratos susceptibles del recurso especial en base a la cuantía de los contratos fue introducida durante la tramitación parlamentaria de la ley toda vez que el proyecto de ley presentado al Congreso establecía un ámbito de aplicación mucho mayor al no establecer una delimitación en base al importe de los contratos sino atendiendo únicamente a la tipología de estos.⁵

Por su parte el apartado 2 establece las actuaciones objeto de recurso:

a. *Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.*

b. *Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.*

c. *Los acuerdos de adjudicación.*

d. *Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.⁶*

e. *La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.*

f. *Los acuerdos de rescate de concesiones.*

5. El proyecto de ley puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/A/BOCG-12-A-2-1.PDF

6. Esta actuación contractual fue introducida en la redacción de este artículo 44.2 de la LCSP durante la tramitación parlamentaria toda vez que no venía en la redacción del Proyecto de Ley presentado al Congreso.

2.2. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y su competencia en relación con el Tribunal de Cuentas

El órgano competente para resolver los recursos especiales en materia de contratación que afecten al Tribunal de Cuentas es el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales siendo necesario estudiar la evolución normativa en materia del órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación hasta la actualidad dado que las principales peculiaridades derivan de esta evolución.

El recurso especial en materia de contratación se introdujo en nuestra legislación, como ya se ha dicho, a través del artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 que establecía el órgano competente para resolver en el apartado 4 que señalaba que: «(...) serán competentes para resolver el recurso especial el órgano de contratación, cuando se trate de contratos de una Administración Pública, o el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela, si ésta no tiene el carácter de Administración Pública.»

Toda vez que el órgano de contratación del Tribunal de Cuentas es su Presidente o, por delegación, su Secretario General, estos eran los órganos competentes para la resolución del recurso.

Fue la Ley 34/2010, al regular el recurso especial en los artículos 310 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007, la que creó el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales como órgano competente para la resolución de este recurso, estableciendo de forma expresa su competencia para conocer de los casos relativos al Tribunal de Cuentas en el artículo 311 de la LCSP señalando que «este Tribunal conocerá también de los recursos especiales que se susciten de conformidad con el artículo anterior contra los actos de los órganos competentes del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas» .

Esta regulación se incorporó, en términos equivalentes, en el artículo 41.2 del TRLCSP y en el artículo 45 de la LCS.

a) Comparación con el régimen de las Cortes Generales y el Defensor del Pueblo

Asimismo, la Ley 34/2010 introdujo un inciso final en la Disposición adicional tercera relativa al régimen de contratación de las Cortes Generales señalando que «los órganos competentes de las Cortes Generales establecerán, en su caso, el órgano que deba conocer, en su ámbito de contratación, del recurso especial regulado en el Libro VI de esta Ley, respetando las condiciones de cualificación, independencia e inamovilidad previstas en dicho Título.»

Esta posibilidad se contempló igualmente en el artículo 41.2 del TRLCSP y se establece actualmente en el inciso segundo de la Disposición Adicional 44 de la LCSP actual.

Para garantizar su independencia como órgano constitucional y apoyándose en el inciso final de la disposición adicional tercera de la LCSP de 2007, las Cortes Generales crearon el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales a través de la Resolución de 21 de diciembre de 2010.⁷

7. Resolución de 21 de diciembre de 2010, adoptada por las Mesas del Congreso de los Diputados y del Senado en reunión conjunta, por la que se crea el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales.

El artículo 1 de esta Resolución estableció su ámbito de aplicación señalando que serán recurribles ante el mismo los actos relacionados en el apartado 2 del artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público⁸ cuando se refieran a los contratos que pretendan concertar el Congreso de los Diputados, el Senado, las Cortes Generales, la Junta Electoral Central y el Defensor del Pueblo, siempre que los mismos estén incluidos en los tipos recogidos en el primer apartado del mismo artículo.

De esta forma, pese a que la excepción prevista en la disposición adicional tercera no contemplaba esta excepción para el Defensor del Pueblo, esta institución también se acogió a la posibilidad de designar el órgano competente para la resolución de los recursos especiales que le afecten, por lo que quedaron sujetos a este Tribunal las actuaciones contractuales del Congreso de los Diputados, Senado y Defensor del Pueblo. Como consecuencia, entre los órganos constitucionales que cuentan con un régimen particular de impugnación de sus actos de gobierno de acuerdo con el artículo 58 de la LOPJ, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal Constitucional son los únicos cuyos recursos especiales en materia de contratación han de ser resueltos por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Debe tenerse en cuenta que la redacción del artículo 311 de la LCSP de 2007 y el artículo 41 del derogado TRLCSP de 2011 señalaban expresamente que sería este Tribunal quién conocería de los mismos si bien la ley actualmente vigente no señala de forma expresa su competencia.⁹

No obstante, ante la ausencia en la LCSP de una atribución expresa de la competencia para resolver los recursos interpuestos contra actos del Tribunal de cuentas a otro órgano, y toda vez que el mismo ha de ajustar su contratación a lo dispuesto en esta ley para las Administraciones Públicas, hay que entender que el órgano competente continúa siendo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, tal y como continúa sucediendo en la práctica.

En todo caso, la falta de sometimiento expreso por el artículo 45 de la LCSP parece dejar la puerta abierta a la posibilidad de extender el conocimiento de estos recursos a otros órganos distintos de este.

b) El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la independencia del Tribunal de Cuentas

Como señalamos en el apartado primero de este artículo, la independencia del Tribunal de Cuentas es uno de los principios esenciales a garantizar en el funcionamiento del mismo como supremo órgano fiscalizador y, sin embargo, el conocimiento de este recurso por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales puede ser contrario a este principio de independencia toda vez que, según se establece en el artículo 45 de la LCSP, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales actúa con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias si bien se encuentra adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública. De acuerdo con el apartado 4, la designación del Presidente y los Vocales se realizará por el Gobierno a propuesta conjunta del Ministerio de Hacienda y Función Pública y del Ministro de Justicia.

8. Referencia a la LCSP 2007 que actualmente debe entenderse efectuada al apartado 2 del artículo 44 de la LCSP.

9. El Proyecto de ley presentado en el Congreso sí contenía esta referencia expresa al conocimiento por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de los recursos especiales en relación con actos de los órganos competentes del Tribunal de Cuentas en el apartado 9 del artículo 45.



Esto no ocurre, sin embargo, en el caso de las Cortes Generales dado que la Resolución de 21 de diciembre de 2010 establece en su artículo 2 que el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales está compuesto por un Diputado, un Senador y el Interventor de las Cortes Generales.

Esto da lugar a que un órgano adscrito al poder ejecutivo (a quien corresponde la designación de sus miembros) enjuicie la actuación de un órgano constitucional como es el Tribunal de Cuentas, a quien corresponde la fiscalización de este poder ejecutivo y que ha de actuar con plena independencia en el ejercicio de sus competencias. Este control puede suponer una vulneración de esta independencia, toda vez que el enjuiciamiento de sus actuaciones contractuales corresponde a uno de los órganos que puede ser objeto de fiscalización por el mismo.

En este sentido, podría resultar más conveniente mantener el régimen general de impugnación de las actuaciones del Tribunal mediante la impugnación ante el Pleno de la institución con carácter previo a la interposición del recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo o la creación de un órgano independiente que pueda llevar a cabo el enjuiciamiento de las actuaciones contractuales del Tribunal de Cuentas.

En cuanto a esta segunda posibilidad, habiendo sido creado el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales y habiéndose sometido el Defensor del Pueblo a este Tribunal sin haber sido expresamente autorizado por la Disposición Adicional cuadragésimo cuarta de la LCSP para la designación del órgano competente, la solución más práctica sería someter el conocimiento de estos recursos al Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales que, con arreglo a la composición ya señalada, no está integrada de forma alguna en el poder ejecutivo y no supondría ataque alguno a la independencia del Tribunal.¹⁰

2.3. El carácter potestativo del Recurso Especial en materia de contratación en el Tribunal de Cuentas. Efectos del artículo 44.5 de la Ley de Contratos del Sector Público sobre el artículo 21.1. de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas

El apartado 7 del artículo 44 de la LCSP establece que la interposición del recurso especial en materia de contratación tendrá carácter potestativo y será gratuito para los recurrentes.

La primera regulación del recurso en España no estableció, sin embargo, este carácter potestativo toda vez que el artículo 37 de la LCSP 2007 establecía su obligatoriedad al señalar que *«las decisiones a que se refiere el apartado 2 del presente artículo que se adopten en los procedimientos de adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 211.000 euros, o contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años, deberán ser objeto del recurso especial en materia de contratación que se regula en este artículo con anterioridad a la interposición del recurso contencioso administrativo, sin que proceda la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los mismos»*.

¹⁰. La solución más práctica para el Tribunal de Cuentas y el Tribunal Constitucional, como los órganos constitucionales aún sujetos al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, sería la sujeción al Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales que se constituiría en un Tribunal de Recursos Contractuales para todos los órganos constitucionales pudiendo plantearse una modificación de la composición de este.

Esto fue, no obstante, objeto de modificación en la reforma introducida por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, que definió en el apartado 6 del artículo 311 de la LCSP 2007 el carácter potestativo del recurso.

Este carácter potestativo se mantuvo en el TRLCSP y se mantiene en el apartado 7 del artículo 44 de la LCSP.¹¹

El carácter potestativo de este recurso implica la posibilidad de interponer este recurso o acudir directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, una vez que se ha optado por la interposición del recurso especial, no podrá acudirse a la vía jurisdiccional hasta haberse resuelto el citado recurso, sin perjuicio de impugnar judicialmente la resolución adoptada en el recurso especial.

En este sentido, se pronunciaron, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de marzo de 2015 y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 16 de abril de 2018.¹²

a) Exclusión de otros recursos y efectos sobre el Tribunal de Cuentas

Derivado del carácter potestativo del recurso, y para evitar la interposición del recurso potestativo de reposición regulado en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común frente a las actuaciones contractuales susceptibles del recurso, el artículo 44.5 de la LCSP señala que *«contra las actuaciones mencionadas en el presente artículo como susceptibles de ser impugnadas mediante el recurso especial, no procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios»*.

Esta disposición debe ponerse en relación, en el ámbito de la Administración General del Estado, con lo dispuesto en el artículo 323 de la LCSP, por el cual los Ministros y los Secretarios de Estado son los órganos de contratación de la Administración General del Estado. Los actos emanados de estos órganos en el ejercicio de sus competencias ponen fin a la vía administrativa en virtud del artículo 114.2.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/2015) y, por tanto, son directamente impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con el artículo 27 de la LCSP, si bien el artículo 123 de la Ley 39/2015 establece la posibilidad de interponer, con carácter previo al recurso contencioso-administrativo, recurso potestativo de reposición ante el mismo órgano que dictó el acto.

El artículo 44.5 de la LCSP 2017 cumple la finalidad de evitar este recurso potestativo de reposición en el caso de los órganos contractuales de la Administración General del Estado,

11. En este último caso, el carácter potestativo deriva de la tramitación parlamentaria de la LCSP ya que tanto el anteproyecto de ley redactado por el Gobierno como el proyecto presentado las Cortes Generales no contenían referencia alguna al carácter potestativo de este recurso.

12. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de marzo de 2015 define con claridad el efecto del carácter potestativo de este recurso especial al señalar que *«ante un recurso potestativo, la parte tiene dos opciones. La primera, acudir directamente a la Jurisdicción, la segunda, acudir a esa vía previa administrativa, siendo en este segundo caso, una vez iniciada tal vía, la resolución de dicho recurso potestativo, sea expresa o tácita, la que agota la vía administrativa y da acceso a la vía jurisdiccional, por lo que, una vez iniciada esa vía especial, no puede considerarse que el acto originario haya agotado la vía administrativa. Sólo cuando se resuelva expresamente, o transcurra el plazo para entender desestimado por silencio el recurso especial, podremos considerar que se ha agotado la vía administrativa y por tanto podrá acudirse al recurso contencioso administrativo.»*

siempre que estas actuaciones sean susceptibles del recurso especial de conformidad con el artículo 44 en sus apartados 1 y 2.

Sin embargo, esto supone una alteración importante del régimen de impugnación de las actuaciones contractuales del Tribunal de Cuentas, toda vez que el artículo 44.5 de la LCSP no impide exclusivamente la interposición del recurso potestativo de reposición sino todo recurso y, por tanto, debe entenderse excluida la posibilidad de interponer recurso de alzada, requisito necesario para acudir a la vía jurisdiccional de conformidad con la Disposición Adicional primera.4 y el artículo 21 de la LOTCU y el artículo 3 de la LFTCU.

Sin embargo, para impugnar ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo las actuaciones contractuales del Presidente o el Secretario General, estas han de ser previamente recurridos en alzada no pudiendo ser recurridos directamente en vía contenciosa, de conformidad con la Disposición Adicional primera.4 y el artículo 21 de la LOTCU y el artículo 3 de la LFTCU.

De esta forma, dado que el artículo 44.5 de la LCSP excluye la posibilidad de interponer recurso de alzada, este recurso especial en materia de contratación deja de ser potestativo para las actuaciones contractuales del Tribunal de Cuentas en los casos en que sea posible interponer el mismo¹³, puesto que será necesario interponerlo para agotar la vía administrativa y acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La ley no ha previsto, por tanto, la particular situación en que se encuentra el Tribunal de Cuentas, llevando a un conflicto de normas que ha resolverse aplicando la ley de contratos teniendo en cuenta, además, que esta deriva de normativa europea de obligatoria aplicación.

Se excluye, por tanto, la posibilidad de interponer recurso de alzada ante el Pleno del Tribunal de Cuentas frente a las actuaciones contractuales de su Presidente o su Secretario General.

Esto supone, a su vez, una quiebra «de facto» del carácter potestativo establecido en el apartado 7 del artículo 44 de la LCSP toda vez que, sin la interposición del recurso especial en materia de contratación, no puede acudirse al orden jurisdiccional contencioso-administrativo con lo que quedarían sin posibilidad de impugnación los contratos de mayor importancia.

Esto lleva a un notable contraste entre el régimen de impugnación de los contratos de mayor cuantía y los de menor cuantía, tal y como se verá a continuación.

2.4. Régimen de impugnación judicial de las actuaciones del Tribunal de Cuentas en materia de contratos

a) Régimen de impugnación de las actuaciones contractuales no susceptibles de recurso especial

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, frente a las actuaciones contractuales del Tribunal de Cuentas comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 44 de la LCSP, será obligatorio interponer el recurso especial en materia de contratación para impugnarlas ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

13. Siempre que cumplan los requisitos del artículo 44 de la LCSP en sus apartados 1 y 2.

Frente a la resolución del recurso especial, cabrá interponer recurso contencioso-administrativo en única instancia cuya resolución corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dado que el artículo 59.1 de la LCSP señala que «*contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*» y el artículo 11.f de la LJCA establece, con claridad, la competencia de la Audiencia Nacional para conocer, en única instancia, del recurso contencioso-administrativo frente a las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con excepción de lo dispuesto en el artículo 10.1.k.

En el mismo sentido, se manifiestan las resoluciones de los recursos especiales en materia de contratación que se han interpuesto frente al Tribunal de Cuentas pudiendo citar, por todos, lo dispuesto en el inciso final del Recurso 833-2020 que señala que «*esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de los Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículo 11.1 letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*»

Las resoluciones dictadas por este órgano serán conocidas por el Tribunal Supremo únicamente cuando sean susceptibles de recurso de casación de acuerdo con el artículo 86 de la LJCA y siempre que las mismas presenten interés casacional objetivo de acuerdo con el artículo 88 de la LJCA en la redacción introducida por la LO 7/2015^{14, 15}.

14. El artículo 88 de la LCSP señala en el apartado dos que el Tribunal Supremos podrá apreciar, de forma motivada, que existe interés casacional objetivo cuando la resolución que se impugna:

«a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictorio con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.

c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.

d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.

e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.

f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.

h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.

i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.»

15. El apartado 3 del artículo 88 de la LCSP señala que se presumirá el interés casacional objetivo:

«a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.

b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.

d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.»

b) Régimen de impugnación de las actuaciones contractuales no susceptibles de recurso especial

Este régimen de impugnación a través del recurso especial en materia de contratación no es, sin embargo, el aplicable a los contratos de menor importe dado que, como se estudió en el apartado 2.1 de este artículo, el artículo 44 de la LCSP en sus apartados 1 y 2 establece una limitación de las actuaciones contractuales y los contratos susceptibles de recurso especial que, en cuanto a los contratos objeto de este, viene marcado fundamentalmente por la cuantía de estos.

Así, para todos aquellos contratos no comprendido dentro de este artículo 44.1, el artículo 44.6 de la LCSP señala que: «*los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*» Esto supone la aplicación del régimen general de impugnación de los actos de gobierno del Tribunal de Cuentas estudiado en el apartado 2 de este artículo, en virtud del cual será necesario interponer recurso de alzada frente a las actuaciones contractuales del Presidente o del Secretario general del Tribunal de Cuentas correspondiendo la resolución de este recurso al Pleno. Frente a la resolución de este recurso de alzada, podrá acudir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo a través del recurso en única instancia ante el Tribunal Supremo establecido en el artículo 58 de la LOPJ y 12.1.c de la LJCA.

c) Consecuencias de este régimen de impugnación judicial de contratos

De esta forma, mientras que, de conformidad con el artículo 44.6 de la LCSP, los contratos de cuantía inferior a la señalada el artículo 44.1 de la LCSP, una vez resuelto el recurso de alzada ante el Pleno del Tribunal, únicamente pueden ser recurridos en única instancia ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, los contratos de mayor valor económico deben ser objeto de impugnación a través del recurso especial en materia de contratación y las resoluciones del mismo pueden ser objeto de impugnación ante orden jurisdiccional contencioso-administrativo, siendo la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional el órgano competente para conocer del recurso contencioso interpuesto de acuerdo con el artículo 11. f) de la LJCA. Finalmente, frente a las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional, cabrá recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo únicamente cuando estas presenten interés casacional de acuerdo con el artículo 88 de la LJCA ya estudiado.

Como consecuencia, el Tribunal Supremo ha de pronunciarse obligatoriamente sobre las actuaciones contractuales relativas a contratos de menor cuantía mientras que, en el caso de los contratos de mayor cuantía, estos son recurridos ante un órgano sometido jerárquicamente a este como es la Audiencia Nacional y solo serán objeto de conocimiento por la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuando las resoluciones de la Audiencia Nacional sean susceptibles de recurso de casación por presentar interés casacional en los supuestos tasados del artículo 88 de la LJCA.

Esto da lugar a la paradoja de que los contratos de menor importancia son necesariamente objeto de conocimiento por el Tribunal Supremo mientras que los de mayor importancia solo llegarán a conocimiento de este en los escasos supuestos en que la cuestión presente interés casacional.

d) Comparación con el régimen de impugnación judicial de las actuaciones contractuales de las Cortes Generales y el Defensor del Pueblo

Esto contrasta con el régimen de impugnación de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales en que el artículo 3.2 de la Resolución de 21 de diciembre establece que *«en todo caso, la resolución dictada en este procedimiento pondrá fin a la vía administrativa. Contra la misma sólo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1 a) y 12.1 c) de la Ley 29/1998, de 1 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.»*

En consecuencia, las resoluciones de Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales son impugnables en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo manteniéndose así la reserva efectuada a esta Sala tercera en el artículo 58 de la LOPJ y el artículo 12.1.c de la LJCA.¹⁶

De esta forma, mientras que el Tribunal de Cuentas y el Tribunal Constitucional se someten al régimen general del recurso especial en materia de contratación establecido en la LCSP 2017 y por tanto, someten su conocimiento al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y las resoluciones de este pueden ser objeto de recurso contencioso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; las actuaciones contractuales del Congreso de los Diputados, del Senado y del Defensor del Pueblo se impugnan ante el Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales y sus resoluciones serán recurribles en única instancia ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo lo que produce una asimetría manifiesta en el régimen de impugnación contractual entre los distintos órganos contractuales.

3. Conclusión

El Tribunal de Cuentas goza de una independencia funcional que se consagra, en el ámbito jurisdiccional, a través de la reserva competencial del conocimiento de los actos en materia de personal, administración y gestión patrimonial de sus órganos competentes en un procedimiento en única instancia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo recogida en el artículo 58 de la LOPJ junto con la del resto de órganos constitucionales.

Esta reserva jurisdiccional quiebra en el caso de actuaciones contractuales susceptibles de recurso especial en materia de contratación dado que, en este caso, no se podrá acudir al recurso de alzada ante el Pleno del Tribunal de Cuentas necesario para interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo y las resoluciones dictadas por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales son objeto de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y no del Tribunal Supremo.

16. Como ejemplo, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), número 1339/2019, de 9 de octubre en que el Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Vodafone España S.A.U. contra Resolución de 19-12-2017 del Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales.

Por otra parte, el órgano competente para la resolución del recurso especial en materia de contratación interpuesto frente a actuaciones contractuales del Tribunal de Cuentas es el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, órgano adscrito al Ministerio de Hacienda y Función Pública y cuya composición está determinada por el Gobierno. Esto puede suponer una quiebra de la independencia del Tribunal de Cuentas toda vez que las actuaciones contractuales del mismo son recurridas ante un órgano que puede ser objeto de fiscalización de este.

Este no es, sin embargo, el caso del Congreso de los Diputados, el Senado y el Defensor del Pueblo, que mantienen plenamente su independencia jurisdiccional al designar como órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación al Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales en los casos que les afecten, siendo las resoluciones de este impugnables ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Por ello, como solución a los problemas de independencia que el recurso especial en materia de contratación ocasiona, la solución más práctica sería la de designar al Tribunal de Recursos Contractuales de las Cortes Generales como órgano competente para su resolución en el caso de actuaciones contractuales del Tribunal de Cuentas.¹⁷

17. Otra posible solución sería la de crear un órgano específico para el conocimiento de estos recursos cuyas resoluciones fuesen impugnables ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, pero, existiendo el órgano citado y habiendo sentado el Defensor del Pueblo el precedente de designarlo como órgano competente pese a no estar incluido en la disposición que expresamente lo autoriza en relación con las Cortes Generales, ésta parece la solución más sencilla.