

# CUESTIÓN DE NULIDAD EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

---

**JOSÉ LIÑEIRA PIÑEIRO**

*Letrado da Xunta de Galicia*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.** 1.- Antecedentes normativos. 2.- Ubicación sistemática. **II. SUPUESTOS ESPECIALES DE NULIDAD CONTRACTUAL.** **III. EFECTOS.** **IV. PROCEDIMIENTO.**

## I.- INTRODUCCIÓN

En materia de actos administrativos, la nulidad absoluta o de pleno derecho está configurada como un supuesto excepcional, reservado para las infracciones de especial gravedad, que no ampara el interés general y que por tanto, deben de ser excluidas del ordenamiento jurídico e interpretadas con carácter restrictivos debido a su carácter singular y tasado.

En el derecho administrativo la noción de nulidad radical, tal y como señala García de Enterría y Tomás Ramón Fernández<sup>1</sup>, queda reducida a las exigencias del actuar de la administración, que están orientadas hacia la consecución de un resultado conforme con el interés público, gozando las actuaciones administrativas de presunción de validez y solo en aquellos supuestos de gravedad máxima se aplicaría dicha sanción quedando convertida en algo residual.

En el derecho civil, la invalidez de los contratos queda constreñida a los supuestos de la violación de leyes, de la moral o del orden público, conforme al art. 1255 del C.c. y a la omisión de los elementos constitutivos o esenciales de la formalización del contrato que prescribe el art. 1261, del mismo cuerpo legal, siendo el origen y fundamento de la indemnización, no el contrato anulado, sino la Ley<sup>2</sup>. Por el contrario, el derecho administrativo escapa de este esquema del derecho privado, y se engloba en el concepto de invalidez más propio del derecho comunitario que de nuestro ordenamiento jurídico y que absorbe los supuestos de nulidad y de anulabilidad. La nulidad es la sanción más grave del derecho público, regulándose con carácter general en el art. 62 Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

---

<sup>1</sup>García de Enterría, E y Fernández Rodríguez, T.R., *Curso de derecho administrativo*, editorial Civitas, 14ª edición, septiembre 2008, Pág. 607

<sup>2</sup>STS de 22/11/05 R.º 1561/1999 “la obligación de devolver no nace del contrato anulado, sino de la Ley que la establece en este contrato de lo que resulta de la petición expresa”

Administrativo Común, su acción es imprescriptible, no es subsanable, ni tampoco existe la posibilidad de convalidación resultando un acto jurídicamente inexistente. En segundo lugar, la anulabilidad es una sanción menos grave, pues en ella se permite la subsanación a petición del interesado o de oficio por la administración.

En materia de contratos administrativos, el concepto de nulidad no puede aplicarse estrictamente en el sentido expuesto. Sigue teniendo carácter tasado y debe ser objeto de interpretación restrictiva sin posibilidad de aplicación analógica, pero su denominación, ámbito y efectos es más cercana a la nulidad usada en el derecho comunitario que en el derecho nacional, ello motivado, entre otras, a la trasposición del derecho comunitario contractual a través de la repetida Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y especialmente a la trasposición de la actual Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007<sup>3</sup>.

### **1.- Antecedentes normativos.**

En la Ley de Contratos de 1965 no se mencionaba en su articulado referencia alguna a la nulidad de los contratos, tan solo en su Reglamento de 1975, en el artículo 41, se refería a la nulidad de “los actos administrativos preparatorios o el acto de adjudicación” en los casos que mencionaba.

En la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 recogió las causas de nulidad en su artículo 63, siendo modificados por la ley 53/1999, para ser posteriormente incorporada a la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas R.D.Leg. 2/2000, y con la misma literalidad en la Ley de Contratos del Sector Publico en 30/2007 en el art. 31.

La reciente publicación de la norma Ley 34/2010, de 5 de agosto, modifica el régimen de invalidez manteniendo el régimen general e incorporando la nueva cuestión de nulidad.

### **2.- Ubicación normativa.**

La presente modificación, Ley 34/2010, de 5 de agosto<sup>4</sup>, presenta entre sus principales novedades la modificación de los recursos existente en materia de contratación administrativa, en especial en la nueva cuestión de nulidad y el nuevo recurso especial en materia de contratación que ahora se le dedica todo el nuevo el libro VI.

Como citamos anteriormente, la presente reforma trae causa de la publicación de la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007<sup>5</sup>,

---

<sup>3</sup> (LA LEY 12720/2007)

<sup>4</sup>(de modificación de la LCSP 30/2007, de 30 de octubre, que entro en vigor el 9 de septiembre de 2010)

<sup>5</sup> LA LEY 12720/2007)

por la que se modifican las Directivas de recursos 89/665/CEE<sup>6</sup> y 92/13 CEE<sup>7</sup> del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recursos en materia de adjudicación de contratos<sup>8</sup>, y también que pretendía la mejora de los mecanismos de recursos en materia.

La Ley 34/2010, de 5 de agosto, da un nuevo giro de tuerca al capítulo V, del título I del libro I. El régimen de invalidez en la LCSP, abarca los art. 31 a 39 ambos inclusive, de los cuales, la segunda sección, es la que ocupa el especial interés al regular con carácter novedoso los supuestos especiales de nulidad, y sin embargo, la sección primera relativa al “Régimen General” no han sufrido modificación sustancial, que continúa abarcando los supuestos de:

7. Invalidez.
8. Nulidad general.
9. Anulabilidad.
10. Revisión de oficio.
11. Efectos de la declaración de nulidad.
12. Causas de invalidez de derecho civil.

## **II.- SUPUESTOS ESPECIALES DE NULIDAD CONTRACTUAL.**

Así las cosas, la finalidad de la reforma como se expone en el Preámbulo no fue otra que la de reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y los licitadores puedan interponer recursos contra las infracciones legales en los procedimientos de selección con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz.

La directiva 2007/66/CE pretende el empleo de la cuestión de nulidad a lo que ella denomina supuestos de “ineficacia” de los contratos ya celebrados.<sup>9</sup>

Sin embargo, el Consejo de Estado en su Dictamen 499/2010, de 29 de abril de 2010, considera que el objetivo de la modificación debía perseguirse en el sentido “que ante determinadas infracciones, que se consideran especialmente graves, “los derechos y las obligaciones de las partes del contrato dejen de ser de obligado cumplimiento y ejecución”, correspondiendo a las legislaciones nacionales la determinación de las consecuencias derivadas de dicha ineficacia.

---

<sup>6</sup>LA LEY 4356/1989

<sup>7</sup>LA LEY 2988/1992

<sup>8</sup>Cuya transposición al ordenamiento español debería haberse producirse antes del 20 de diciembre de 2009.

<sup>9</sup>artículo 2 quinquies de las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE.

Sin ánimo de ser reiterativo, en este nuevo Capítulo, recordemos se crea una sección segunda que reza de la siguiente manera “supuestos especiales de nulidad contractual” (art. 37 a 39). El carácter más novedoso de esta cuestión de nulidad no se encuentra sobre los contratos que son objeto de este recurso sino sobre los supuestos tasados, que debemos anunciar con vocación de síntesis. No son los mismos contra los que puede interponer el recurso especial en materia de contratación, pues se han excluido “*Contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años*”. Manteniéndose la posibilidad de la interposición de la cuestión de nulidad sobre los siguientes “*Los contratos sujetos a regulación armonizada a que se refieren los artículos 13 a 17, ambos inclusive, de esta Ley así como los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II cuyo valor estimado sea igual o superior a 193.000 euros serán nulos en los siguientes casos*”.

A este respecto, ha de tenerse en cuenta que los umbrales fijados en el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE han sido actualizados por el Reglamento (CE) nº 1177/2009 de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009,<sup>10</sup> en lo que concierne a sus umbrales de aplicación en materia de procedimientos de adjudicación de contratos.

Sin lugar a dudas, el elemento central y más original de esta nueva cuestión de nulidad se encuentra en los cinco supuestos especiales de nulidad, desde el punto de vista de la confrontación teórica pueden llegar a ser muy cuestionados por su naturaleza confusa y compleja, que podría aportar oscuridad en un deslinde con el nuevo recurso especial en materia de contratación, aspecto que nos limitaremos a dejarlo apuntado.

b- El primero de los supuestos, nos posibilita la interposición de la citada cuestión de nulidad “*Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 126*”. Pues bien, la no publicación del anuncio de licitación en el DOUE, en los casos del art. 126, que es el relativo a la publicidad de la convocatoria de las licitaciones<sup>11</sup>. Se consigna, por tanto, como primera modalidad para la declaración de la nulidad especial la falta de publicación en el DOUE, si bien el presente precepto, no acarrearía excesiva complejidad interpretativa si la redacción concluyente fuese la expuesta. No obstante, adquiere dificultad al traer a colación el apartado 2 que veremos a continuación.

Así las cosas, en el apartado segundo del art. 37, se enuncia por primera vez, la posibilidad de no declarar la nulidad cuando concurren conjuntamente las tres circunstancias que en él se enumeran.

La primera de ellas se refiere ala existencia de supuestos de exención de la publicación del anuncio de licitación en el DOUE previstos en esta Ley, todo ello unido a

---

<sup>10</sup>Por el que se modifican las Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE y 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>11</sup>Tanto en los Boletines oficiales provinciales o autonómicos como en el BOE como en el DOUE en los términos de la directiva 2004/18.

que el órgano de contratación sea el que manifieste la conformidad de su criterio con que el contrato se encuentre en el citado supuesto de exención. Sobre este particular la directiva transpuesta nada aclara. Parece pues, ciertamente contradictorio con la causa de nulidad, la no publicación en el DOUE, que el órgano de contratación tenga que estar exento de la citada publicación, por consiguiente si la propia ley<sup>12</sup> ampara con la posibilidad legal de no publicar no se comprende el porqué enumerar como un requisito acumulativo el que esté permitido para no publicar el contrato sujeto a regulación armonizada que está beneficiado de esa exención.

En segundo lugar, se exige conjuntamente, no alternativamente, que el órgano de contratación anuncie lo que se denomina una “Transparencia Previa Voluntaria”, con el contenido que se detalla. Este concepto, es un fiel reflejo del art. 3 bis de la Directiva 2007/66/CE, que hace referencia al contenido del citado anuncio de transparencia previa voluntaria que deberá observar los mismos contenidos que se trasponen actualmente a la presente Ley, contendrá: la identificación del órgano de contratación; la descripción de la finalidad del contrato; la justificación de la decisión de adjudicar el contrato sin el requisito de publicación del art. 126, siendo reiterativo e innecesario su duplicidad; la identificación del adjudicatario del contrato y cualquier otra información que el órgano de contratación considere relevante. Por otro lado, es preciso hacer una remisión al *art. 2 quinquies, apartado 4, segundo guión*, que establece la posibilidad de que un poder adjudicador no publique el anuncio de licitación y sea sustituido por este anuncio de transparencia previa voluntaria que conforme a la Directiva manifieste su intención de celebrar el contrato, actuando por tanto de conformidad con la Directiva 2004/18/CE.

Por último, como tercer requisito, se exige que el contrato no se haya celebrado al menos diez días civiles (como expone la Directiva o hábiles en la Ley de Transposición) a partir de la fecha de publicación de dicho anuncio, siendo una moratoria de prudencia para evitar plazos excesivamente breves.

f. El segundo motivo de nulidad especial se refiere a aquellos supuestos donde no se hubiese respetado el plazo de quince días hábiles previsto en el art. 140.3 para la formalización del contrato, formalización que desde la modificación de la ley 34/2010 se menciona que ya no es con la adjudicación definitiva sino con la formalización, motivada por la desaparición de la adjudicación provisional y que ahora el plazo para la formalización del contrato es de 15 días, frente a los 10 días de la redacción primitiva. Al igual que el primer supuesto, relativo a la falta de publicación, en el presente, de no formalización, se requiere que se den dos requisitos acumulativos. El primero de ellos, se refiere, al caso en el que debido a la no formalización en plazo, el recurrente se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer el nuevo recurso especial, regulado en los art. 310 y siguientes, lo cual evidencia la subsidiariedad de un recurso especial en materia de nulidad frente al nuevo recurso especial en materia de contratación del art. 310 y ss. El segundo de los requisitos, exige además, que concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubieran impedido obtener esta, ciertamente, no podía ser mas abstracto en la redacción de este punto, que lo

---

<sup>12</sup>(en los art. 125 y siguientes, y demás citados a lo largo del articulado)

dota de generalidad, al ser cualquier infracción la que pueda ser alegada; sino también, que el concepto de adjudicación, no podemos remitirnos exclusivamente al art. 145 sino que, para que no quede vacío de contenido, debe ser interpretado en un sentido amplio el concepto de adjudicación como relativo a todo el procedimiento.

g. Con respecto al tercer supuesto<sup>13</sup>, debemos mencionar que la suspensión automática solo opera cuando se interpone contra el acto de adjudicación del nuevo art. 315,<sup>14</sup> solo en este caso quedará en suspenso la tramitación del expediente de contratación a la espera de la resolución, del órgano competente para resolver el recurso que se hubiere interpuesto o tomado una decisión sobre la solicitud de medidas provisionales o de la falta de remisión de la información requerida, si dicha información privó al licitador de interponer recurso precontractual o afecto a las posibilidades de resultar adjudicatario, viendo por tanto la única posibilidad de la interposición simultánea del recurso especial y de la cuestión de nulidad.

h. Por último, con respecto a los supuestos cuarto y quinto<sup>15</sup>, se refieren a los acuerdos marco definidos en el art. 180 “*Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada*” y a los sistemas dinámicos de contratación, que son siguientes: “*Los órganos de contratación del sector público podrán articular sistemas dinámicos para la contratación de obras, servicios y suministros de uso corriente cuyas características, generalmente disponibles en el mercado, satisfagan sus necesidades, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada*”. Con carácter general, estos supuestos no acarrearán complejidad hermenéutica ni en la dogmática jurídica, al ser una clasificación ciertamente convencional.

i. Este último fue una sugerencia introducida por el acuerdo 2/2010, de 11 de marzo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, por el que la comisión permanente queda enterada de las observaciones al anteproyecto de la actual ley, este recurso conforme al art. 2 septies deben interponerse igualmente en los plazos del art. 39, a saber, 30 días desde la publicación del anuncio de adjudicación o desde la

---

<sup>13</sup>Cuando a pesar de haberse interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 310 y siguientes, se lleve a efecto la formalización del contrato sin tener en cuenta la suspensión automática del acto de adjudicación en los casos en que fuera procedente, y sin esperar a que el órgano independiente hubiese dictado resolución sobre el mantenimiento o no de la suspensión del acto recurrido

<sup>14</sup>salvo que se solicite como medida cautelar.

<sup>15</sup> d) Tratándose de un contrato basado en un acuerdo marco del artículo 180 celebrado con varios empresarios que por su valor estimado deba ser considerado sujeto a regulación armonizada, si se hubieran incumplido las normas sobre adjudicación establecidas en párrafo segundo del artículo 182.4.e) Cuando se trate de la adjudicación de un contrato específico basado en un sistema dinámico de contratación en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que el contrato a adjudicar esté sujeto a regulación armonizada y se hubieran incumplido las normas establecidas en el artículo 186 sobre adjudicación de tales contratos.

información exigida y en todo caso antes de que transcurran los seis meses de la fecha de celebración del contrato de conformidad con la Directiva 2004/18/CE.

Por último, en estos supuestos, cabe la posibilidad de la excepción de la declaración de la nulidad cuando concurra conjuntamente la notificación a todos los licitadores por el órgano de contratación y que además, no se perfeccione el contrato dentro de los quince días hábiles siguientes.<sup>16</sup>

### III.- EFECTOS.

En el art. 38 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), relativo a las consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad en los supuestos del art. anterior, es donde entendemos, en nuestra opinión, que más situaciones críticas o trascendentales pueden llegar a surgir en la praxis.

Se efectúa, en primer lugar, una remisión a los efectos del apartado primero del art. 35 de la declaración de nulidad, hay que ser especialmente cuidadoso en la aplicación práctica de la remisión porque esta se pensó para los supuestos generales de nulidad, es decir, la nulidad del art 62 de la ley 30/92, la falta de capacidad, solvencia o prohibiciones de contratar del art. 49 y la insuficiencia de crédito, no los actuales de la cuestión de nulidad que podríamos denominar como *especiales*.

No obstante, la remisión solamente se efectúa al primer apartado del artículo 35, a saber, solo la relativa a los actos preparatorios o los de adjudicación.

Por un lado, los actos que no sean preparatorios, no son objeto de interposición de esta cuestión de nulidad especial y si de la nulidad general del art. 35.2 lo cual daría lugar a la retroacción de las actuaciones al momento procesal correspondiente, conforme al art. 64 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAPPAC) no pudiendo, en consecuencia, ser llevada a cabo por el actual procedimiento que prescribe el art. 39. Queda por definir, entonces cuales serían esos actos, estando de acuerdo con Francisco de Miguel Pajuelo<sup>17</sup> “son los actos administrativos posteriores a la celebración del contrato y que tenderán a la ejecución o a la resolución unilateral de algunas de sus incidencias,” continua exponiendo que respecto de

---

<sup>16</sup>No procederá la declaración de nulidad a que se refiere este artículo en los supuestos de las letras d) y e) si concurren conjuntamente las dos condiciones siguientes:

a) Que el órgano de contratación haya notificado a todos los licitadores afectados la adjudicación del contrato y, si lo solicitan, los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 137 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente.

b) Que el contrato no se hubiera perfeccionado hasta transcurridos quince días hábiles desde el siguiente al de la remisión de la notificación a los licitadores afectados.

<sup>17</sup>Miguel Pajuelo, F. *comentarios a la Ley de Contratos del Sector Publico*, ed. Bosch. Abril 2009 Tomo I pag 367.

dichos actos la invalidez solo afecta a los mismos y sus consecuencias y como es lógico no al contrato mismo.

Por otro lado, la nulidad únicamente vendría determinada de modo expreso cuando efectivamente sea declarada y adquirida firmeza. Cuando el contrato se haya perfeccionado los efectos del art. 35 además de la liquidación del contrato y de la restitución recíproca de las prestaciones se prevé la indemnización de daños y perjuicios de la parte culpable, aspecto que este recurso de nulidad especial parece olvidar pues solo recoge como causas de nulidad imputables a la administración y no al contratista.

Como segundo de los aspectos a tener en cuenta en lo relativo a los efectos de la declaración de nulidad se refiere a posibilidad de su convalidación, es decir, establece la ley en el apartado segundo del art. 38 que el órgano competente “*podrá no declarar la nulidad*” “*y acordar el mantenimiento de los efectos del contrato*” cuando “*existen razones imperiosas de interés general que lo exijan*”.

Así resulta, de los términos de la Directiva 2007/66/CE en el artículo 2 sexies de la Directiva 89/665/CEE que, por un lado, remite los efectos de la declaración de ineficacia a la determinación de los Estados miembros, pudiendo establecer la retroacción de los efectos o limitar el alcance, aspecto utilizado por nuestro legislador al prever la imposición de multas o la reducción de la duración del contrato. El legislador nacional ha sido estrictamente escrupuloso con la legislación comunitaria al permitir al órgano administrativo independiente competente para la resolución de recurso especial en materia de contratación como también la cuestión de nulidad, que ahora nos afecta, decidir si el contrato ha de considerarse ineficaz o si han de aplicarse sanciones alternativas y de la propia redacción, que establece expresamente que la declaración de nulidad “deberá sustituirse” por una sanción alternativa.

Este art. 38, se procede a la sustitución de la nulidad, por el mantenimiento de los efectos del contrato con la posibilidad de que sea compensado con una sanción alternativa que alcance desde el 5% al 20% del precio de adjudicación del contrato. Esta actuación equivaldría en nuestro derecho administrativo a una convalidación de un negocio jurídico nulo de pleno derecho. Dicho de otra manera, se da la posibilidad de que un acto administrativo o un negocio jurídico, entendido como la máxima sanción que el ordenamiento jurídico preceptúa, opera ipso iure, con efectos ex tunc y eficacia retroactiva no susceptible de caducidad, ni de prescripción, que es apreciable de oficio, que sea por tanto convalidado por decisión del órgano competente y susceptible de sanción o reducción temporal, o ser sometido a plazo.

La nulidad tiene naturaleza estructural, radical y automática, afecta a la formación y perfección del contrato y cuando nace en palabras de Diez Picazo, en el ámbito del derecho privado<sup>18</sup> es “inatendible y nadie puede prestar amparo ni al contrato ni a las prestaciones en que el contrato tengan su fundamento” siendo en definitiva la nulidad absoluta y

---

<sup>18</sup>Diez Picazo, L, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. I Madrid, 1983



originaria pues el negocio nulo, siempre ha sido nulo, nunca existió ni debió de existir siendo en consecuencia imprescriptible.

Por consiguiente, en mi opinión, se está confrontando una norma legal sectorial o especial, recogida en los art. 38.2 y 3 *con toda la Teoría General del Derecho Administrativo Español*. Sin perjuicio de la agravación o perturbación de los privilegios exorbitantes o prerrogativas administrativas en las conocidas potestades de la autotutela decisoria y ejecutiva, provocando importantes distorsiones en el esquema de los conceptos generales.

Se está intentando imponer paulatinamente la terminología propia del derecho comunitario que podrían ser sustituidas como dice El Consejo de Estado por otras de “mas raigambre en la tradición jurídica española” al intentar trasponer los efectos propios de la ineficacia o la anulación tal y como se citan textualmente en la Directiva y se intenta acoplar en la terminología propia de la nulidad española. La terminología de la institución de la nulidad, o mejor dicho de la invalidez, en la legislación de los estados miembros utiliza terminología y formulaciones diferentes en este contexto y en particular en el derecho comunitario dista de los perfiles propios de esta nueva institución jurídica realizada por inercia jurídica del legislador, carente de rigor doctrinal y susceptible de convertirse en una figura que tendrá que ser definida no apriorísticamente, sino como resultado de los análisis de cada caso concreto.

En todo caso se dice, “podrá no declararla” siendo francamente desafortunada la redacción definitiva, porque lo nulo lo es con efectos *ex tunc*, y lo que siempre estará obligado a declarar la siendo más ajustado a derecho la no declaración de sus efectos más acorde con la redacción originaria del art. 35.3 que dice que podrá acordarse la continuación de los efectos hasta que no se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio que se aplica para las denominadas causas de nulidad general del art. 32.

Por otra parte, la posibilidad de declarar nulos los contratos que se indican queda prácticamente inaplicable debido a la cantidad de excepciones que se establecen en este artículo y en el siguiente.

El concepto de “razones imperiosas de interés general” se nos antoja en un concepto jurídico indeterminado de difícil virtualidad práctica. Pues, en primer lugar, su definición se efectúa en una primera instancia en positivo, es decir, cuando de lugar a “consecuencias desproporcionadas”, sin mayor definición, sin saber si las consecuencias desproporcionadas lo son para los intereses generales, los intereses económicos, para el órgano de contratación. Sin solución de continuidad, en el segundo párrafo se menciona su definición en negativo, a saber: “no se considerará que constituyen razones imperiosas de interés general, los intereses económicos directamente vinculados al contrato en cuestión, tales como los costes derivados del retraso en la ejecución del contrato, de la convocatoria de un nuevo procedimiento de contratación, del cambio del operador económico que habrá de ejecutar el contrato o de las obligaciones jurídicas derivadas de la nulidad”. La ley en este apartado, es muy aventurada al no esforzarse más en la perfecta definición del presente concepto jurídico indeterminado.

Como tercer y último aspecto digno de especial mención se establece que en el citado artículo 38 la previsión de la posibilidad de sustituir la nulidad por alguna de las

sanciones alternativas que cita en el párrafo tercero multas al poder adjudicador y reducción en la duración del contrato<sup>19</sup>.

c. La primera de estas sanciones es la imposición de multas al poder adjudicador, pero no regula totalmente el procedimiento a seguir, ni el destino de la sanción, ni el destino que debe darse a la cantidad recaudada, ni la naturaleza de la multa.

Teniendo en cuenta la configuración dada a esta nueva cuestión de nulidad, es necesario recordar que la infracción que motive la sanción alternativa no puede ser imputable al contratista<sup>20</sup>, pues la literalidad del apartado a) se refiere exclusivamente al poder adjudicador, en clara consonancia con la configuración de los supuestos del apartado primero del art.37<sup>21</sup>.

No puede confundirse la tramitación prevista en el art.39, relativa a la interposición de la cuestión de nulidad, con la convalidación de la misma que ahora detallamos, pues el art. 38.3, párrafo segundo, únicamente establece unas reglas o indicaciones en la determinación de la cuantía como son los posibles daños causados a los *intereses públicos o en su caso al licitador*, que no adjudicatario que es el que realmente sigue desempeñando el contrato no cualquier licitador que pueda ser el que inicie el procedimiento.

d. La segunda de las sanciones alternativas es la reducción proporcionada de la duración del contrato, siendo perfectamente aplicable lo expuesto anteriormente con respecto a la imposición de multas. No obstante existe una novedad o diferencia al preverse la indemnización al contratista por lucro cesante derivado de la duración del contrato, siempre que no le sea imputable, el computo de esta indemnización entiendo que quedará diferida para la ejecución final al no tener presente cual era el momento de efectuarse, dado que todos los supuestos especiales de nulidad contractual recogidos en el artículo 37.1 se refieren a trámites administrativos de adjudicación, de competencia de los poderes adjudicadores.

No obstante, en el 39.5.e) se da la posibilidad de que fuese el propio órgano de contratación el que en el informe que está obligado a efectuar al remitir el expediente pueda ser que solicite la procedencia de aplicar estas sanciones en lugar de aplicar la nulidad. E incluso, esta facultad podía haberlo solicitado en el trámite de ejecución de la resolución según el art. 39.5.f).

---

<sup>19</sup>El tema de las sanciones alternativas previsto en la Directiva 2007/66/CE es uno de los más novedosos, al menos con arreglo al sistema español de contratación pública.

<sup>20</sup>O cualquier persona que tenga derechos o intereses legítimos perjudicados o que puedan resultar afectados

<sup>21</sup>Entendido la condición de poder adjudicador a aquéllos que, no obstante tener personalidad jurídico-privada por concurrir en ellos los tres requisitos que ha venido señalando una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: que se trate de entidades creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que estén dotados de personalidad jurídica y, por último, que su actividad dependa estrechamente de una Administración Pública o entidad de Derecho Público, esto es, que esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas u otras entidades de Derecho público, o cuya gestión se halle sometida a un control por parte de éstas, o cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por las Administraciones públicas u otras entidades de Derecho Público.

#### IV.- PROCEDIMIENTO

La tramitación del procedimiento de la interposición de la cuestión de nulidad se remite con carácter general a lo previsto en los art. 314 y siguientes del recurso especial en materia de contratación, regulados actualmente en el libro VI de la LCSP.

No obstante, si se deben hacer constar las siguientes precisiones. Con respecto a las diferencias procedimentales que rigen para la tramitación del recurso especial en materia de contratación debemos señalar que no será precisa la exigencia de anunciar la interposición del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 314.1, es decir, cabe la posibilidad de acudir directamente al órgano administrativo independiente. Otra de las salvedades del art. 39.5 es que el plazo para que el órgano de contratación remita el expediente acompañado del correspondiente informe<sup>22</sup> se elevará a 7 días hábiles al igual que el plazo del art 313.2. Párrafo segundo, en relación a la decisión de las medidas cautelares como el 316.3 para que el órgano de contratación formule alegaciones en relación con la solicitud de medidas cautelares. Por último, se establece que la interposición de esta cuestión de nulidad no producirá efectos suspensivos de ninguna clase por si sola.

Con respecto al órgano independiente que decida declarar la nulidad, en palabras de la Directiva, será el Tribunal Administrativo especial en materia de recursos o el Autonómico correspondiente, es decir, será el mismo órgano administrativo que resolverá el nuevo recurso especial en materia de contratación prevista en el libro VI de la citada LCSP, en los art 310 y ss<sup>23</sup>.

En particular, en la Comunidad Autónoma de Galicia, se aprobó recientemente la Ley 15/2010, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, y en su art.36 se autoriza al Consello de la Xunta para que por propuesta de la Consellería de Facenda, y respetando la legislación básica, se cree el órgano colegiado independiente para el conocimiento y resolución de las cuestiones de nulidad formuladas y de los recursos especiales en materia de contratación en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma. Sin perjuicio, claro esta, de los problemas de derecho transitorio mientras no se haga efectivo.

La legitimación para plantear la cuestión de nulidad no aporta nada nuevo a lo establecido con carácter general en el art. 312 de la LCSP, se refiere a toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos de nulidad del art. 37<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup>Previsto en el art 316.2 “*Interpuesto el recurso, el órgano encargado de resolverlo lo notificará en el mismo día al órgano de contratación con remisión de la copia del escrito de interposición y reclamará el expediente de contratación a la entidad, órgano o servicio que lo hubiese tramitado, quien deberá remitirlo dentro de los dos días hábiles siguientes acompañado del correspondiente informe*”.

<sup>23</sup> Se define el órgano en el art, 311 de la siguiente manera” *En el ámbito de la Administración General del Estado, el conocimiento y resolución de los recursos a que se refiere el artículo anterior estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional en el ejercicio de sus competencias*”.

<sup>24</sup>El apartado 1.3 de la Directiva 89/665/CEE(LA LEY 4356/1989) exige que el procedimiento de recurso sea accesible, como mínimo a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener el contrato de que se trate y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción.

A continuación, se prevé la posibilidad de que el órgano competente podrá inadmitirla cuando se hubiera interpuesto el recurso especial, lo cual evidencia con claridad, la naturaleza de remedio procesal o cuando menos el carácter subsidiario de la cuestión de nulidad frente al recurso especial en materia de contratación. La posibilidad de interposición simultánea de ambos recursos se complementa con la oportunidad de acudir directamente a la jurisdicción contenciosa administrativa al configurar el recurso especial como un recurso potestativo, instaurando lo que el profesor Bernal Blay denomina la “apertura de la doble vía” de recurso para la impugnación de acuerdos tomados en el seno de un procedimiento de contratación.

El plazo para la terminación del procedimiento será con carácter general de 6 meses, a contar desde la formalización del contrato, o de 30 días en los supuestos de aptdo. 3, es decir, “desde la publicación de la adjudicación del contrato en la forma prevista en el artículo 138.2, incluyendo las razones justificativas de la no publicación de la licitación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, o desde la notificación a los licitadores afectados, de los motivos del rechazo de su candidatura o de su proposición y de las características de la proposición del adjudicatario que fueron determinantes de la adjudicación a su favor, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 137 en cuanto a los datos cuya comunicación no fuera procedente”.

Ya sea, debido a la contradicción en la terminología propia del derecho comunitario con el derecho nacional, pues la nulidad no puede someterse a plazo de caducidad ni de prescripción, mientras que la literalidad del concepto “ineficacia” de la citada directiva que tiene unos efectos que se asemejan más a nuestra anulabilidad. O ya sea, como afirma El Consejo de Estado que hubiera sido más acertado el tratamiento conjunto de las dos reformas en curso que afectan a la Ley de Contratos del Sector Público: la que contiene el anteproyecto sometido a consulta y la que forma parte de la futura Ley de Economía Sostenible<sup>25</sup>. Ambas circunstancias, en definitiva, convierten la LCSP en una norma constantemente modificable, lo cual evidencian un grave perjuicio, no sólo para evitar la mayor fragmentación normativa que conlleva esta circunstancia<sup>26</sup>, sino también para evitar posibles discordancias entre ambos textos.

La finalidad de la presente modificación es la de adaptar y unificar el régimen de recursos a las exigencias de la normativa comunitaria y solventar los problemas detectados en las diferentes legislaciones de los estados miembros, para conseguir una eficaz

---

En relación con esta previsión el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha precisado en su Sentencia de 19 de junio de 2003 (LA LEY 108379/2003) que esta disposición no obliga a los Estados miembros a garantizar que dichos procedimientos de recurso sean accesibles a cualquier persona que desee obtener la adjudicación de un contrato público, sino que les permite exigir que, además, la persona interesada se haya visto perjudicada o pueda verse perjudicada por la infracción que alega, o lo que es lo mismo, que se trata de dos requisitos cumulativos y no alternativos.

La jurisprudencia nacional ha optado por una aplicación extensiva de la norma comunitaria por la STS de 5 de julio de 1990, (LA LEY 21219-JF/0000)

<sup>25</sup> cuyo anteproyecto fue informado por este Consejo en dictamen 215/2010, de 18 de marzo

<sup>26</sup> a la que hay que añadir la modificación puntual de la Ley 30/2007 operada por el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo

resolución sin merma de sus derechos pero por muy loable que sea este propósito no siempre se consigue, y esta no es una excepción, siendo el sistema de recursos un cuadro que no redunde en el beneficio de los candidatos o de los licitadores que debiera evitar las remisiones, las discordancias, las dificultades interpretativas para poder garantizar con eficacia los principios de no discriminación, igualdad de trato, publicidad, transparencia y seguridad jurídica.

### **BIBLIOGRAFIA**

GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo*, ed. Civitas, 14ª edición, septiembre 2008

MIGUEL PAJUELO, F. *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, ed. Bosch. Abril 2009 Tomo I.

DIEZ PICAZO, L, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. I Madrid, 1983

ESCRIHUELA MORALES, Francisco Javier. *La Contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministros y servicios*. La Ley, 2ª Edición 2009.

MORENO GIL, O. *Contratos Administrativos. Legislación y Jurisprudencia*. 4ª Edición. Navarra Thomson-Civitas.

VAZQUEZ GARRANZO, J. coordinador y varios. *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. Bosch. Barcelona. 1ª Edición, abril 2009.