

CUESTIÓN DE NULIDADE NA LEI DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.

JOSÉ LIÑEIRA PIÑEIRO

Letrado da Xunta de Galicia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Antecedentes normativos. 2. Situación no marco normativo. **II. SUPOSTOS ESPECIAIS DE NULIDADE CONTRACTUAL.** **III. EFECTOS.** **IV. PROCEDEMENTO**

I.- INTRODUCCIÓN

En materia de actos administrativos, a nulidade absoluta ou de pleno dereito está configurada como un suposto excepcional, reservado para as infraccións de especial gravidade, que non ampara o interese xeral e que, por tanto, deben ser excluídas do ordenamento xurídico e interpretadas con carácter restritivo debido ao seu carácter singular e taxado.

No dereito administrativo a noción de nulidade radical, tal e como sinalan García de Enterría e Tomas Ramón Fernández¹, queda reducida ás exixencias do actuar da Administración, que están orientadas cara á consecución dun resultado conforme co interese público, gozando as actuacións administrativas de presunción de validez. Só naqueles supostos de gravidade máxima se aplicaríase esa sanción, que queda convertida en algo residual.

No dereito civil, a invalidez dos contratos queda cinxida aos supostos da violación de leis, da moral ou da orde pública, conforme o artigo 1255 do C.c. e á omisión dos elementos constitutivos ou esenciais da formalización do contrato que prescribe o artigo 1261 do mesmo corpo legal. A orixe e o fundamento da indemnización non é o contrato anulado, senón a lei². Pola contra, o dereito administrativo escapa deste esquema do dereito privado e englobase no concepto de invalidez máis propio do dereito comunitario que do noso ordenamento xurídico e que absorbe os supostos de nulidade e de anulabilidade. A nulidade é a sanción máis grave do dereito público; regúlase con carácter xeral no artigo 62 Lei 30/92, do 26 de novembro, de réxime xurídico das administracións públicas e do

¹ García de Enterría, E e Fernández Rodríguez, T.R., *Curso de dereito administrativo*, editorial Civitas, 14ª edición, setembro 2008, Páx. 607

² STS do 22/11/05 R.º 1561/1999 “a obriga de devolver non nace do contrato anulado, senón da lei que a establece neste contrato do que resulta da petición expresa”

procedemento administrativo común. A súa acción é imprescritible, non é emendable, nin tampouco existe a posibilidade de validación, resultando un acto xuridicamente inexistente. En segundo lugar, a anulabilidade é unha sanción menos grave, pois nela permítese a emenda por petición do interesado ou de oficio pola Administración.

En materia de contratos administrativos, o concepto de nulidade non se pode aplicar estritamente no sentido exposto. Segue tendo carácter taxado e debe ser obxecto de interpretación restritiva sen posibilidade de aplicación analóxica, pero a súa denominación, ámbito e efectos é máis próxima á nulidade usada no dereito comunitario que no dereito nacional. Isto débese, entre outras cousas, á trasposición do dereito comunitario contractual a través da repetida Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004 e, especialmente, á trasposición da actual Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 11 de decembro de 2007³.

1.- Antecedentes normativos.

No articulado da Lei de contratos de 1965 non se facía ningunha referencia á nulidade dos contratos. Tan só no seu Regulamento de 1975, no artigo 41, referíase á nulidade de “os actos administrativos preparatorios ou o acto de adxudicación” nos casos que mencionaba.

A Lei de contratos das administracións públicas de 1995 recolleu as causas de nulidade no seu artigo 63, que foi modificada pola Lei 53/1999, para ser posteriormente incorporada á Lei de contratos das administracións públicas, Real decreto lexislativo 2/2000 e, coa mesma literalidade, na Lei de contratos do sector público en 30/2007 no artigo 31.

A recente publicación da norma Lei 34/2010, do 5 de agosto, modifica o réxime de invalidez mantendo o réxime xeral e incorporando a nova cuestión de nulidade.

2. Situación no marco normativo.

Esta modificación, Lei 34/2010, do 5 de agosto⁴, presenta entre as súas principais novidades a modificación dos recursos existente en materia de contratación administrativa, en especial na nova cuestión de nulidade e o novo recurso especial en materia de contratación, ao cal agora se lle dedica todo o libro VI.

Como citamos anteriormente, esta reforma deriva da publicación da Directiva 2007/66/CE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 11 de decembro de 2007⁵, pola que se modifican as directivas de recursos 89/665/CEE⁶ e 92/13 CEE⁷ do Consello, no que

³ (A LEI 12720/2007)

⁴ (de modificación da LCSP 30/2007, do 30 de outubro, que entrou en vigor o 9 de setembro de 2010)

⁵ A Lei 12720/2007)

⁶ A Lei 4356/1989

respecta á mellora da eficacia dos procedementos de recursos en materia de adxudicación de contratos⁸, e que pretendía tamén a mellora dos mecanismos de recursos en materia.

A Lei 34/2010, do 5 de agosto, dá una nova volta de rosca ao capítulo V do título I do libro I. O réxime de invalidez na LCSP abrangue os artigos 31 a 39 ambos incluídos, dos cales a segunda sección é a que ocupa especial interese ao regular, con carácter innovador, os supostos especiais de nulidade. Porén, a sección primeira, relativa ao “réxime xeral”, non sufriu modificación substancial, e continúa abarcando os supostos de:

1. Invalidez.
2. Nulidade xeral.
3. Anulabilidade.
4. Revisión de oficio.
5. Efectos da declaración de nulidade.
6. Causas de invalidez de dereito civil.

II.- SUPPOSTOS ESPECIAIS DE NULIDADE CONTRACTUAL.

Neste estado de cousas, a finalidade da reforma, como se expón no preámbulo, non foi outra que a de reforzar os efectos do recurso, permitindo que os candidatos e os licitadores poidan interpor recursos contra as infraccións legais nos procedementos de selección coa posibilidade razoable de conseguir unha resolución eficaz.

A Directiva 2007/66/CE pretende o emprego da cuestión de nulidade, no que ela denomina supostos de “ineficacia” dos contratos xa celebrados.⁹

Porén, o Consello de Estado, no seu Dítame 499/2010, do 29 de abril de 2010, considera que o obxectivo da modificación se debía perseguir no sentido “que ante determinadas infraccións, que se consideran especialmente graves, "os dereitos e as obrigas das partes do contrato deixen de ser de obrigado cumprimento e execución", correspondendo ás lexislacións nacionais a determinación das consecuencias derivadas de tal ineficacia.

Sen ánimo de ser reiterativo, lembremos que neste novo capítulo se crea unha sección segunda que reza da seguinte maneira “supostos especiais de nulidade contractual” (artigos 37 a 39). O carácter máis innovador desta cuestión de nulidade non se atopa nos contratos que son obxecto deste recurso senón sobre os supostos taxados, que debemos anunciar con vocación de síntese. Non son os mesmos contra os que pode interpor o recurso especial en materia de contratación, xa que se excluíron “*Contratos de xestión de servizos públicos en que o orzamento*

⁷ A Lei 2988/1992

⁸ Cuxa trasposición ao ordenamento español se debería producir antes do 20 de decembro de 2009.

⁹ Artigo 2 quinquies das directivas 89/665/CEE e 92/13/CEE.

de gastos de primeiro establecemento, excluído o importe do imposto sobre o valor engadido, sexa superior a 500.000 euros e o prazo de duración superior a cinco anos". Mantense a posibilidade da interposición da cuestión de nulidade sobre os seguintes *"Os contratos suxeitos a regulación harmonizada a que se refiren os artigos 13 a 17, ambos incluídos, desta lei así como os contratos de servizos comprendidos nas categorías 17 a 27 do anexo II cuxo valor estimado sexa igual ou superior a 193.000 euros serán nulos nos seguintes casos"*.

A este respecto, débese ter en conta que os limiares fixados no artigo 7 da Directiva 2004/18/CE foron actualizados polo Regulamento (CE) n° 1177/2009 da Comisión, do 30 de novembro de 2009,¹⁰ no que concirne aos seus limiares de aplicación en materia de procedementos de adjudicación de contratos.

Sen ningunha dúbida, o elemento central e máis orixinal desta nova cuestión de nulidade atópase nos cinco supostos especiais de nulidade. Desde o punto de vista da confrontación teórica poden chegar a ser moi cuestionados pola súa natureza confusa e complexa, que podería proporcionar escuridade nun deslindamento co novo recurso especial en materia de contratación, aspecto que nos limitaremos a deixar apuntado.

a- O primeiro dos supostos posibilitanos a interposición da citada cuestión de nulidade *"Cando o contrato se adjudicase sen cumprir previamente co requisito de publicación do anuncio de licitación no Diario Oficial da Unión Europea, naqueles casos en que sexa preceptivo, de conformidade co artigo 126"*. Así, pois, a non publicación do anuncio de licitación no DOUE, nos casos do artigo 126, que é o relativo á publicidade da convocatoria das licitacións¹¹. Consígnase, por tanto, como primeira modalidade para a declaración da nulidade especial a falta de publicación no DOUE, ben que este precepto non suporía excesiva complexidade interpretativa se a redacción concluínte fose a exposta. Non obstante, adquire dificultade ao traer a colación o número 2, que veremos a seguir.

Así as cousas, no punto segundo do artigo 37 enúnciase por primeira vez a posibilidade de non declarar a nulidade cuando concorran conxuntamente as tres circunstancias que nel se enumeran.

A primeira delas refírese á existencia de supostos de exención da publicación do anuncio de licitación no DOUE previstos nesta lei, todo isto unido a que o órgano de contratación sexa o que manifieste a conformidade do seu criterio con que o contrato se encontre no citado suposto de exención. Sobre este particular a directiva transposta nada aclara. Parece, daquela, certamente contradictorio coa causa de nulidade da non publicación no DOUE que o órgano de contratación teña que estar exento da citada publicación. Por conseguinte se a propia lei¹² ampara coa posibilidade legal de non publicar, non se comprende por qué enumerar como un requisito acumulativo o feito de que estea permitido para non publicar o contrato suxeito a regulación harmonizada que está beneficiado desa exención.

¹⁰ Polo que se modifican as directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE, do Parlamento Europeo e do Consello.

¹¹ Tanto nos boletíns oficiais provinciais ou autonómicos coma no BOE e coma no DOUE nos termos da Directiva 2004/18.

¹² (nos artigos 125 e seguintes, e demais citados ao longo do articulado)

En segundo lugar, exíxese conxuntamente, non alternativamente, que o órgano de contratación anuncie o que se denomina unha “transparencia previa voluntaria”, co contido que se detalla. Este concepto é un fiel reflexo do artigo 3 bis da Directiva 2007/66/CE, que fai referencia ao contido do citado anuncio de transparencia previa voluntaria, que deberá observar os mesmos contidos que se traspoñen actualmente á presente lei, e conterá: a identificación do órgano de contratación; a descrición da finalidade do contrato; a xustificación da decisión de adxudicar o contrato sen o requisito de publicación do artigo 126, xa que é reiterativa e innecesaria a súa duplicidade; a identificación do adxudicatario do contrato e calquera outra información que o órgano de contratación considere relevante. Por outro lado, é preciso facer unha remisión ao *artigo 2 quinquies, número 4, segundo guión*, que establece a posibilidade de que un poder adxudicador non publique o anuncio de licitación e sexa substituído por este anuncio de transparencia previa voluntaria que, conforme a directiva, manifeste a súa intención de celebrar o contrato, actuando por tanto de conformidade coa Directiva 2004/18/CE.

Por último, como terceiro requisito, exíxese que o contrato non se celebre ao menos dez días civís (como expón a directiva ou hábiles na lei de trasposición) a partir da data de publicación dese anuncio, o que é unha moratoria de prudencia para evitar prazos excesivamente breves.

b. O segundo motivo de nulidade especial refírese a aqueles supostos en que non se respectase o prazo de quince días hábiles previsto no artigo 140.3 para a formalización do contrato, formalización que desde a modificación da Lei 34/2010 se menciona que xa non é coa adxudicación definitiva senón coa formalización, motivada pola desaparición da adxudicación provisional e que agora o prazo para a formalización do contrato é de 15 días, fronte aos 10 días da redacción primitiva. Ao igual que o primeiro suposto, relativo á falta de publicación, no presente, de non formalización, requírese que se dean dous requisitos acumulativos. O primeiro deles refírese ao caso en que, debido á non formalización en prazo, o recorrente se vise privado da posibilidade de interpor o novo recurso especial, regulado no artigo 310 e seguintes, o cal evidencia a subsidiariedade dun recurso especial en materia de nulidade fronte ao novo recurso especial en materia de contratación do artigo 310 e ss. O segundo dos requisitos exige, ademais, que concorra algunha infracción dos preceptos que regulan o procedemento de adxudicación dos contratos que lle impedisen obter esta. Certamente, non podía ser máis abstracto na redacción deste punto, que o dota de xeneralidade, ao ser calquera infracción a que poida ser alegada, senón tamén que o concepto de adxudicación, non podemos remitirnos exclusivamente ao artigo 145 senón que, para que non quede baleiro de contido, debe ser interpretado nun sentido amplo o concepto de adxudicación como relativo a todo o procedemento.

c. Con respecto ao terceiro suposto¹³, debemos mencionar que a suspensión automática só opera cando se interpón contra o acto de adxudicación do novo artigo 315¹⁴.

¹³Cando, malia terse interposto o recurso especial en materia de contratación a que se refiren os artigos 310 e seguintes, se leve a efecto a formalización do contrato sen ter en conta a suspensión automática do acto de adxudicación nos casos en que for procedente, e sen esperar a que o órgano independente ditase resolución sobre o mantemento ou non da suspensión do acto contra o cal se recorreu

Só neste caso quedará en suspenso a tramitación do expediente de contratación á espera da resolución do órgano competente para resolver o recurso que se interpuxese ou dunha decisión sobre a solicitude de medidas provisionais ou da falta de remisión da información requirida, se esa información privou o licitador de interpor recurso precontractual ou afecto ás posibilidades de resultar adxudicatario, vendo por tanto a única posibilidade da interposición simultánea do recurso especial e da cuestión de nulidade.

d. Por último, con respecto aos supostos cuarto e quinto¹⁵, que se refiren aos acordos marco definidos no artigo 180 “*Os órganos de contratación do sector público poderán concluír acordos marco con un ou varios empresarios, co fin de fixar as condicións a que se deberán axustar os contratos que pretendan adxudicar durante un período determinado, sempre que o recurso a estes instrumentos non se efectúe de forma abusiva ou de modo que a competencia se vexa obstaculizada, restrinxida ou falseada*” e aos sistemas dinámicos de contratación, que son seguintes: “*Os órganos de contratación do sector público poderán articular sistemas dinámicos para a contratación de obras, servizos e subministracións de uso corrente cuxas características, xeralmente dispoñibles no mercado, satisfagan as súas necesidades, sempre que o recurso a estes instrumentos non se efectúe de forma que a competencia se vexa obstaculizada, restrinxida ou falseada*”. Con carácter xeral, estes supostos non supoñen complexidade hermenéutica nin na dogmática xurídica, ao ser unha clasificación certamente convencional.

e. Este último foi unha suxestión introducida polo acordo 2/2010, do 11 de marzo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid, polo que a comisión permanente queda informada das observacións ao anteproxecto da actual lei. Este recurso, conforme o artigo 2 septies, débese interpor igualmente nos prazos do artigo 39, a saber, 30 días desde a publicación do anuncio de adxudicación ou desde a información exixida e, en todo caso, antes de que transcorran os seis meses da data de celebración do contrato, de conformidade coa Directiva 2004/18/CE.

Por último, nestes supostos cabe a posibilidade da excepción da declaración da nulidade cuando concorra conxuntamente a notificación a todos os licitadores polo órgano de contratación e que, ademais, non se perfeccione o contrato dentro dos quince días hábiles seguintes.¹⁶

¹⁴salvo que se solicite como medida cautelar.

¹⁵ d) Tratándose dun contrato baseado nun acordo marco do artigo 180 celebrado con varios empresarios que polo seu valor estimado deba ser considerado suxeito a regulación harmonizada, se se incumprisen as normas sobre adxudicación establecidas no parágrafo segundo do artigo 182.4.e). Cando se trate da adxudicación dun contrato específico baseado nun sistema dinámico de contratación en que estivesen admitidos varios empresarios, sempre que o contrato que se vaia adxudicar estea suxeito a regulación harmonizada e se incumprisen as normas establecidas no artigo 186 sobre adxudicación de tales contratos.

¹⁶Non procederá a declaración de nulidade a que se refire este artigo nos supostos das letras d) e e) se concorren conxuntamente as dúas condicións seguintes:

a) Que o órgano de contratación notificase a todos os licitadores afectados a adxudicación do contrato e, se o solicitan, os motivos do rexeitamento da súa candidatura ou da súa proposición e das características da proposición do adxudicatario que foron determinantes da adxudicación ao seu favor, sen prexuízo do disposto no artigo 137 en canto aos datos cuxa comunicación non for procedente.

III.- EFECTOS.

No artigo 38 da Lei de contratos do sector público (LCSP), relativo ás consecuencias xurídicas da declaración de nulidade nos supostos do artigo anterior, é onde entendemos, na nosa opinión, que máis situacións críticas ou transcendentais poden chegar a xurdir na praxe.

Efectúase, en primeiro lugar, unha remisión aos efectos do punto primeiro do artigo 35 da declaración de nulidade, hai que ser especialmente coidadoso na aplicación práctica da remisión porque esta se pensou para os supostos xerais de nulidade, é dicir, a nulidade do artigo 62 da Lei 30/92, a falta de capacidade, solvencia ou prohibicións de contratar do artigo 49 e a insuficiencia de crédito, non os actuais da cuestión de nulidade que poderíamos denominar como *especiais*.

Non obstante, a remisión soamente se efectúa ao primeiro punto do artigo 35, a saber, só a relativa aos actos preparatorios ou aos de adxudicación.

Por un lado, os actos que non sexan preparatorios non son obxecto de interposición desta cuestión de nulidade especial e dáse nulidade xeral do artigo 35.2, o cal daría lugar á retroacción das actuacións ao momento procesual correspondente, conforme o artigo 64 da Lei de réxime xurídico das administracións públicas e do procedemento administrativo común (LRXAPPAC) e non podería, en consecuencia, ser levada a cabo polo actual procedemento que prescribe o artigo 39. Queda por definir, daquela, cales serían eses actos, estando de acordo con Francisco de Miguel Pajuelo¹⁷ “son os actos administrativos posteriores á celebración do contrato e que tenderán á execución ou á resolución unilateral dalgunhas das súas incidencias”. Continúa expondo que respecto deses actos a invalidez só afecta estes e as súas consecuencias e, como é lóxico, non o contrato mesmo.

Por outro lado, a nulidade unicamente estaría determinada de modo expreso cando efectivamente sexa declarada e adquirira firmeza. Cando o contrato se perfeccionase para os efectos do artigo 35, ademais da liquidación do contrato e da restitución recíproca das prestacións prevese a indemnización de danos e perdas da parte culpable, aspecto que este recurso de nulidade especial parece esquecer pois só recolle como causas de nulidade imputables á Administración e non ao contratista.

Como segundo dos aspectos que hai que ter en conta no relativo aos efectos da declaración de nulidade, refírese a posibilidade da súa validación, é dicir, establece a lei no punto segundo do artigo 38 que o órgano competente “*poderá non declarar a nulidade*” “*e acordar o mantemento dos efectos do contrato*” cando “*existen razóns imperiosas de interese xeral que o exixan*”.

Así resulta, dos termos da Directiva 2007/66/CE no artigo 2 sexies da Directiva 89/665/CEE que, por un lado, remite os efectos da declaración de ineficacia á

b) Que o contrato non se perfeccionase ata transcorridos quince días hábiles desde o seguinte ao da remisión da notificación aos licitadores afectados.

¹⁷Miguel Pajuelo, F. *Comentarios á Lei de Contratos do Sector Público*, ed. Bosch. Abril 2009, tomo I pág 367.

determinación dos Estados membros, podendo establecer a retroacción dos efectos ou limitar o alcance, aspecto utilizado polo noso lexislador ao prever a imposición de multas ou a redución da duración do contrato. O lexislador nacional foi estritamente escrupuloso coa lexislación comunitaria ao permitir ao órgano administrativo independente competente para a resolución de recurso especial en materia de contratación, como tamén a cuestión de nulidade que agora nos afecta, decidir se o contrato se debe considerar ineficaz ou se deben aplicar sancións alternativas e da propia redacción, que establece expresamente que a declaración de nulidade "deberá substituírse" por unha sanción alternativa.

Neste artigo 38 procédese á substitución da nulidade polo mantemento dos efectos do contrato coa posibilidade de que sexa compensado cunha sanción alternativa que alcance desde o 5% ao 20% do prezo de adjudicación do contrato. Esta actuación equivalería no noso dereito administrativo a unha validación dun negocio xurídico nulo de pleno dereito. Dito doutra maneira, dáse a posibilidade de que un acto administrativo ou un negocio xurídico, entendido como a máxima sanción que o ordenamento xurídico preceptúa, opera *ipso iure*, con efectos *ex tunc* e eficacia retroactiva non susceptible de caducidade, nin de prescrición, que é apreciable de oficio, que sexa por tanto validado por decisión do órgano competente e susceptible de sanción ou redución temporal, ou ser sometido a prazo.

A nulidade ten natureza estrutural, radical e automática, afecta a formación e perfección do contrato e cando nace, en palabras de Díez Picazo, no ámbito do dereito privado¹⁸ é "inatendible e ninguén pode prestar amparo nin ao contrato nin ás prestacións en que o contrato teña o seu fundamento". En definitiva, a nulidade é absoluta e orixinaria, pois o negocio nulo sempre foi nulo, nunca existiu nin debeu existir e é, en consecuencia, imprescritible.

Por conseguinte, na miña opinión, estase a confrontar unha norma legal sectorial ou especial, recollida no artigo 38.2 e 3 *con toda a teoría xeral do dereito administrativo español*, sen prexuízo da agravación ou perturbación dos privilexios exorbitantes ou prerrogativas administrativas nas coñecidas potestades da autotutela decisoria e executiva, o que provoca importantes distorsións no esquema dos conceptos xerais.

Estase intentando impor paulatinamente a terminoloxía propia do dereito comunitario, que podería ser substituída, como di o Consello de Estado, por outras de "mas raizame na tradición xurídica española", ao intentar traspor os efectos propios da ineficacia ou a anulación tal e como se citan textualmente na Directiva e se intenta axustar na terminoloxía propia da nulidade española. A terminoloxía da institución da nulidade ou, mellor dito, da invalidez, na lexislación dos Estados membros utiliza terminoloxía e formulacións diferentes neste contexto e, en particular, no dereito comunitario dista dos perfís propios desta nova institución xurídica realizada por inercia xurídica do lexislador, carente de rigor doutrinal e susceptible de se converter nunha figura que terá que ser definida non aprioristicamente, senón como resultado das análises de cada caso concreto.

¹⁸Díez Picazo, L, *Fundamentos de dereito civil patrimonial*, vol. I Madrid, 1983

En todo caso dise, “poderá non declarala”; é francamente desafortunada a redacción definitiva, porque o nulo o é con efectos *ex tunc*, e sempre está obrigado a declarala. É máis axustada a dereito a non declaración dos seus efectos e máis acorde coa redacción orixinaria do artigo 35.3, que di que se poderá acordar a continuación dos efectos ata que non se adopten as medidas urxentes para evitar o prexuízo que se aplica para as denominadas causas de nulidade xeral do artigo 32.

Por outra parte, a posibilidade de declarar nulos os contratos que se indican queda practicamente inaplicable debido á cantidade de excepcións que se establecen neste artigo e no seguinte.

Coidamos que o concepto de “razóns imperiosas de interese xeral” é un concepto xurídico indeterminado de difícil virtualidade práctica. En primeiro lugar, a súa definición efectúase nunha primeira instancia en positivo, é dicir, cando dea lugar a “consecuencias desproporcionadas”, sen maior definición, sen saber se as consecuencias desproporcionadas o son para os intereses xerais, os intereses económicos, para o órgano de contratación. Sen solución de continuidade, no segundo parágrafo menciónase a súa definición en negativo, a saber,: “non se considerará que constitúen razóns imperiosas de interese xeral os intereses económicos directamente vinculados ao contrato en cuestión, tales como os custos derivados do atraso na execución do contrato, da convocatoria dun novo procedemento de contratación, do cambio do operador económico que deberá executar o contrato ou das obrigas xurídicas derivadas da nulidade”. A lei neste punto é moi aventurada ao non esforzarse máis na perfecta definición do presente concepto xurídico indeterminado.

Como terceiro e último aspecto digno de especial mención establécese no citado artigo 38 a previsión da posibilidade de substituír a nulidade por algunha das sancións alternativas que cita no parágrafo terceiro, multas ao poder adxudicador e redución na duración do contrato¹⁹.

a. A primeira destas sancións é a imposición de multas ao poder adxudicador, pero non regula totalmente o procedemento que se debe seguir, nin o destino da sanción, nin o destino que se debe dar á cantidade recadada, nin a natureza da multa.

Tendo en conta a configuración dada a esta nova cuestión de nulidade, é necesario recordar que a infracción que motive a sanción alternativa non pode ser imputable ao contratista²⁰, pois a literalidade da letra a) se refire exclusivamente ao poder adxudicador, en clara consonancia coa configuración dos supostos do punto primeiro do artigo 37²¹.

¹⁹O tema das sancións alternativas previsto na Directiva 2007/66/CE é un dos máis innovadores, ao menos conforme o sistema español de contratación pública.

²⁰ Ou *calquera persoa que teña dereitos ou intereses lexítimos prexudicados ou que poidan resultar afectados*

²¹Entendido a condición de poder adxudicador a aqueles que, malia teren personalidade xurídico-privada por concorreren neles os tres requisitos que veu sinalando unha reiterada xurisprudencia do Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas: que se trate de entidades creadas para satisfacer especificamente necesidades de interese xeral que non teñan carácter industrial ou mercantil, que estean dotados de personalidade xurídica e, por último, que a súa actividade dependa estreitamente dunha Administración pública ou entidade de dereito público, isto é, que estea maioritariamente financiada polas administracións públicas ou outras entidades de dereito público, ou cuxa xestión estea sometida a un control por parte destas, ou cuxo órgano de administración, de dirección ou de

Non se pode confundir a tramitación prevista no artigo 39, relativa á interposición da cuestión de nulidade, coa validación desta que agora detallamos, pois o artigo 38.3, parágrafo segundo, unicamente establece unhas regras ou indicacións na determinación da contía, como son os posibles danos causados aos *intereses públicos ou, de ser o caso, ao licitador*, que non adxudicatario que é o que realmente segue a desempeñar o contrato, non calquera licitador que poida ser o que inicie o procedemento.

b. A segunda das sancións alternativas é a redución proporcionada da duración do contrato. É perfectamente aplicable o exposto anteriormente con respecto á imposición de multas. Porén, existe unha novidade ou diferenza pois prevese a indemnización ao contratista por lucro cesante derivado da duración do contrato. Sempre que non lle sexa imputable o cómputo desta indemnización, entendo que quedará diferida para a execución final ao non ter presente cal era o momento de efectuarse, dado que todos os supostos especiais de nulidade contractual recollidos no artigo 37.1 se refiren a trámites administrativos de adxudicación, de competencia dos poderes adxudicadores.

Non obstante, no 39.5.e) dáse a posibilidade de que sexa o propio órgano de contratación o que, no informe que está obrigado a efectuar ao remitir o expediente, poida solicitar a procedencia de aplicar estas sancións en lugar de aplicar a nulidade. E mesmo podería ter solicitado esta facultade no trámite de execución da resolución, segundo o artigo 39.5.f).

IV.- PROCEDEMENTO

A tramitación do procedemento da interposición da cuestión de nulidade remítese con carácter xeral ao previsto nos artigos 314 e seguintes do recurso especial en materia de contratación, regulados actualmente no libro VI da LCSP.

Non obstante, si se deben facer constar as seguintes precisións. Con respecto ás diferenzas procedementais que rexen para a tramitación do recurso especial en materia de contratación, debemos sinalar que non será precisa a existencia de anunciar a interposición do recurso conforme o disposto no artigo 314.1, é dicir, cabe a posibilidade de acudir directamente ao órgano administrativo independente. Outra das excepcións do artigo 39.5 é que o prazo para que o órgano de contratación remita o expediente xunto co correspondente informe²² se elevará a 7 días hábiles ao igual que o prazo do artigo 313.2. parágrafo segundo, en relación coa decisión da medidas cautelares como o 316.3 para que o órgano de contratación formule alegacións en relación coa solicitude de medidas cautelares. Por último, establécese que a interposición desta cuestión de nulidade non producirá efectos suspensivos de ningunha clase por si soa.

vixilancia estea composto por membros dos cales máis da metade sexan nomeados polas administracións públicas ou outras entidades de dereito público.

²² Previsto no artigo 316.2 “*Interposto o recurso, o órgano encargado de resolvelo notificarao no mesmo día ao órgano de contratación con remisión da copia do escrito de interposición e reclamará o expediente de contratación á entidade, órgano ou servizo que o tramitase, quen deberá remitilo dentro dos dous días hábiles seguintes xunto co correspondente informe*”.

Con respecto ao órgano independente que decida declarar a nulidade, en palabras da directiva, será o tribunal administrativo especial en materia de recursos ou o autonómico correspondente, é dicir, será o mesmo órgano administrativo que resolverá o novo recurso especial en materia de contratación prevista no libro VI da citada LCSP, nos artigos 310 e seguintes²³.

En particular, na Comunidade Autónoma de Galicia aprobouse recentemente a Lei 15/2010, do 28 de decembro, de medidas fiscais e administrativas, e no seu artigo 36 autorízase o Consello da Xunta para que, por proposta da Consellería de Facenda e respectando a lexislación básica, se cree o órgano colexiado independente para o coñecemento e a resolución das cuestións de nulidade formuladas e dos recursos especiais en materia de contratación no ámbito da nosa Comunidade Autónoma. Sen prexuízo, claro esta, dos problemas de dereito transitorio mentres non se faga efectivo.

A lexitimación para formular a cuestión de nulidade non achega nada novo ao establecido con carácter xeral no artigo 312 da LCSP. Refírese a toda persona física ou xurídica cuxos dereitos ou intereses lexítimos se visen prexudicados ou poidan resultar afectados polos supostos de nulidade do artigo 37²⁴.

A continuación, prevese a posibilidade de que o órgano competente poderá non admitila cando se interpuxese o recurso especial, o cal evidencia con claridade a natureza de remedio procesual ou, cando menos, o carácter subsidiario da cuestión de nulidade fronte ao recurso especial en materia de contratación. A posibilidade de interposición simultánea de ambos os recursos complementousecoa oportunidade de acudir directamente á xurisdición contencioso-administrativa ao configurar o recurso especial como un recurso potestativo, instaurando o que o profesor Bernal Blay denomina a “apertura da dobre vía” de recurso para a impugnación de acordos tomados no seo dun procedemento de contratación.

O prazo para a terminación do procedemento será con carácter xeral de 6 meses, contado desde a formalización do contrato, ou de 30 días nos supostos do punto 3, é dicir, “desde a publicación da adxudicación do contrato na forma prevista no artigo 138.2, incluíndo as razóns xustificativas da non publicación da licitación no *Diario Oficial da Unión Europea*, ou desde a notificación aos licitadores afectados, dos motivos do

²³ Defínese o órgano no artigo 311 da seguinte maneira” *no ámbito da Administración xeral do Estado, o coñecemento e a resolución dos recursos a que se refire o artigo anterior estará encomendado a un órgano especializado que actuará con plena independencia funcional no exercicio das súas competencias*”.

²⁴ *Opunto 1.3 da Directiva 89/665/CEE(a Lei 4356/1989)exixe que o procedemento de recurso sexa accesible, como mínimo, a calquera persoa que teña ou tivese interese en obter o contrato de que se trate e que se vise ou poida verse prexudicada por unha presunta infracción.*

En relación con esta previsión o Tribunal de Xustiza das Comunidades Europeas precisou na súa Sentenza do 19 de xuño de 2003 (a Lei 108379/2003) que esta disposición non obriga os Estados membros a garantir que eses procedementos de recurso sexan accesibles a calquera persoa que desexe obter a adxudicación dun contrato público, senón que lles permite exixir que, ademais, a persoa interesada se vise prexudicada ou se poida ver prexudicada pola infracción que alega, ou o que é o mesmo, que se trata de dous requisitos acumulativos e non alternativos.

A xurisprudencia nacional optou por unha aplicación extensiva da norma comunitaria pola STS do 5 de xullo de 1990 (a Lei 21219-JF/0000)

rexeitamento da súa candidatura ou da súa proposición e das características da proposición do adxudicatario que foron determinantes da adxudicación ao seu favor, sen prexuízo do disposto no artigo 137 en canto aos datos cuxa comunicación non for procedente”.

Xa sexa debido á contradición na terminoloxía propia do dereito comunitario co dereito nacional, pois a nulidade non se pode someter a prazo de caducidade nin de prescrición, mentres que a literalidade do concepto “ineficacia” da citada directiva ten uns efectos que se asemellan máis á nosa anulabilidade, ou xa sexa, como afirma o Consello de Estado, que sería máis acertado o tratamento conxunto das dúas reformas en curso que afectan a Lei de contratos do sector público: a que contén o anteproxecto sometido a consulta e a que forma parte da futura Lei de economía sustentable²⁵. Ambas as circunstancias, en definitiva, converten a LCSP nunha norma constantemente modificable, o cal evidencia un grave prexuízo, non só para evitar a maior fragmentación normativa que implica esta circunstancia²⁶, senón tamén para evitar posibles discordancias entre ambos os textos.

A finalidade da presente modificación é a de adaptar e unificar o réxime de recursos ás exixencias da normativa comunitaria e solventar os problemas detectados nas diferentes lexislacións dos Estados membros, para conseguir unha eficaz resolución sen mingua dos seus dereitos pero, por moi loable que sexa este propósito, non sempre se consegue, e esta non é unha excepción, pois o sistema de recursos é un cadro que non redunda no beneficio dos candidatos ou dos licitadores e debería evitar as remisións, as discordancias, as dificultades interpretativas para poder garantir con eficacia os principios de non discriminación, igualdade de trato, publicidade, transparencia e seguridade xurídica.

BIBLIOGRAFIA

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E E FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de derecho administrativo*, ed. Civitas, 14ª edición, setembro 2008
- MIGUEL PAJUELO, F. *Comentarios a la Ley de contratos del sector público*, ed. Bosch. Abril 2009 Tomo I.
- DÍEZ 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.
- VÁZQUEZ GARRANZO, J. coordinador y varios. *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*. Bosch. Barcelona. 1ª Edición, abril 2009.

²⁵ cuxo anteproxecto recibiu o informe deste Consello no Ditame 215/2010, do 18 de marzo

²⁶ á que hai que engadir a modificación puntual da Lei 30/2007 operada polo Real decreto lei 6/2010, do 9 de abril, de medidas para o impulso da recuperación económica e o emprego