



Informe 45/10, de 28 de septiembre de 2010. “Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con los supuestos de derecho transitorio que pueden derivar de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto”.

ANTECEDENTES.

La Ley 34/2010, de 5 de agosto, sobre 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, ha introducido un nuevo procedimiento de recurso en relación con los actos del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos caracterizado por atribuir la competencia para su conocimiento y resolución a un órgano especialmente constituido para ello.

La nueva Ley en la medida en que incorpora a nuestro derecho el contenido de la Directiva 2007/66/CE trata de dar solución al problema creado por la existencia de dos tipos de adjudicación en relación con la posibilidad de interponer contra ellas el recurso especial regulado en su artículo 37. En su redacción originaria, la Ley de Contratos del Sector Público sólo admite la interposición de este recurso contra la adjudicación provisional mientras que contra la definitiva admite, y ello de forma implícita, la interposición de los recursos previstos en la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre. Consiguientemente los actos administrativos que puedan dictarse entre ambas adjudicaciones, al igual que la adjudicación definitiva, no son susceptibles de ser impugnados por la vía del recurso especial.

La necesidad de resolver este problema, incrementada por las advertencias de la Comisión Europea en tal sentido, motivó la adaptación de la nueva Ley a un sistema simplificado consistente en el establecimiento de un solo acto adjudicador difiriendo el momento de la perfección del contrato a la formalización del mismo.

Para determinar el momento en que comienza a producir sus efectos, la Ley 34/2010, contiene una disposición transitoria, la tercera, de conformidad con la cual *“1. Los procedimientos de recurso iniciados al amparo del artículo 37 de la Ley*



30/2007, de 30 de octubre, o los de reclamación que se hayan iniciado al amparo del artículo 101.1 a) de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en la redacción vigente con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley seguirán tramitándose hasta su resolución con arreglo al mismo. 2. En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”.

Sin embargo, la redacción de tal precepto unida a la inexistencia de una disposición transitoria que contemple el régimen de los expedientes de contratación iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, especialmente en lo relativo a si en ellos procede mantener la existencia de dos adjudicaciones o si por el contrario deben ajustarse a la nueva normativa y, por tanto, limitar las adjudicaciones a una sola, ha llevado a suscitar dudas acerca de la forma en que deben aplicarse los efectos más relevantes de la reforma desde el punto de vista práctico.

Dar la pauta para resolver las dudas mencionadas en la forma más acorde con la legislación anterior y la vigente requiere la elaboración del presente dictamen.

En todo caso debe advertirse que, tal como se acaba de mencionar, la finalidad de la Ley es incorporar a nuestro Derecho las normas de la Directiva 2007/66/CE procediendo a su aplicación en el sentido expresado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 3 de abril de 2008 en el asunto C-444/06, la Comisión contra el Reino de España y ejecutando la misma, lo que lógicamente debe ser tenido en cuenta en la redacción del presente dictamen.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Las cuestiones a resolver pueden sintetizarse en tres: En primer lugar a partir de qué momento los expedientes de contratación deben adaptarse a la nueva normativa y establecer un solo acto de adjudicación, en segundo lugar qué recursos caben contra la adjudicación provisional mientras ésta se mantenga y finalmente qué recursos cabe interponer contra la adjudicación definitiva en los expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto.



2. La primera cuestión, es decir a partir de en qué momento los expedientes de contratación deben ajustarse a la nueva normativa, debe resolverse de conformidad con la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de conformidad con la cual *“los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”*.

Bien es cierto que esta norma se refiere, en principio, a las disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, pero ninguna razón hay para no aplicarla también a las modificaciones que dicha Ley experimente como consecuencia de reformas posteriores. Tiene especial justificación este razonamiento cuando, como en el caso presente, no existe norma expresa que contradiga el criterio anterior y el principio sentado en ella se corresponde fielmente con los principios que sobre la materia rigen en nuestro derecho.

Como consecuencia de ello los expedientes que de conformidad con la disposición transitoria primera deban considerarse iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto, se regirán por la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, y, por tanto, el procedimiento de adjudicación a que den lugar deberá tramitarse de conformidad con la redacción anterior de la misma. Ello supone que deberá respetarse la existencia de dos adjudicaciones, provisional y definitiva.

3. Resuelta la cuestión anterior, queda por aclarar cuál debe ser el régimen de los recursos que pueden interponerse contra las dos adjudicaciones.

En primer lugar debe hacerse referencia a la cuestión de qué valor debe darse a las cláusulas de los pliegos en que se haya incluido la mención de los recursos que cabe interponer contra una y otra adjudicación. Al respecto, es criterio reiteradamente expuesto por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares no deben reproducirse las normas legales para convertirlas en obligaciones contractuales puesto que la fuerza de obligar de unas y otras tiene origen distinto. En efecto, las obligaciones, y sus correlativos derechos, establecidas por una ley derivan de ella su obligatoriedad sin que resulte alterada esta circunstancia por el hecho de que se incluyan o no en



los pliegos. Por consecuencia, no es adecuado que los pliegos recojan tales preceptos para convertirlos en cláusulas del contrato, pero si lo hacen, es evidente que, al no ser el contrato el origen de su fuerza obligatoria ésta sigue las mismas vicisitudes que la Ley que las establece, debiendo entenderse que si se modifica la Ley, también resultan modificadas las cláusulas del pliego que las hubiese recogido.

Dicho esto, es claro que la nueva regulación del recurso especial que introduce la Ley 34/2010 afecta al régimen de los recursos que cabe interponer contra los actos del procedimiento de adjudicación que tengan su origen en expedientes de contratación iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley, siempre que los actos a recurrir se hubieran dictado con posterioridad a la indicada fecha, y ello aunque en los pliegos se hubiera recogido un régimen de recursos distintos por haberse hecho mención expresa del sistema de recursos vigente en el momento en que fueron aprobados. Así resulta con toda claridad de la disposición transitoria tercera de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de conformidad con la cual *“en los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrán interponerse la cuestión de nulidad y el recurso previsto en el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público y la reclamación regulada en los artículos 101 y siguientes de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, contra actos susceptibles de ser recurridos o reclamados en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor”*.

4. Cuestión más compleja es la de determinar cuál de los recursos puede interponerse contra la adjudicación provisional que se dicte en tales procedimientos de adjudicación.

A tal respecto cabe distinguir diversas situaciones.

a) En primer lugar, debe examinarse el supuesto de que la adjudicación provisional se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley. En tal caso es evidente que contra ella sólo era posible interponer el recurso especial previsto en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público en su redacción anterior. Si alguno de los licitadores hubiera hecho uso del mismo, la resolución dictada en él causaría estado en vía administrativa no pudiendo interponerse ya más que el recurso contencioso administrativo.



De igual forma, si no se hubiera interpuesto recurso contra la misma, una vez transcurrido el plazo para hacerlo habría que considerar firme el acto.

Cuestión distinta es la referente al supuesto de que en la adjudicación provisional se hubiera acordado antes de la entrada en vigor de la Ley, pero el plazo para recurrir no hubiera transcurrido íntegramente en el momento de entrar en vigor la nueva Ley. En tal caso, está claro que atendiendo a lo dispuesto en la disposición transitoria indicada, sólo podría interponerse el recurso del artículo 37 anterior puesto que la aplicación del nuevo recurso sólo es procedente *contra actos dictados con posterioridad a su entrada en vigor*. De igual forma si no se interpusiera el citado recurso dentro de dicho plazo el acto devendría firme.

b) La segunda hipótesis a considerar en este apartado se refiere a la posibilidad de que la adjudicación provisional se haya dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto. En tal caso, debe entenderse que ya sólo cabe interponer el recurso que regula esta nueva Ley, siendo la cuestión a resolver si tal recurso puede interponerse o no contra la adjudicación provisional.

A tal respecto el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe ser fijado tomando en consideración los principios que inspiran la reforma de la Ley de Contratos del Sector Público por la Ley 34/2010, de 5 de Agosto. En este sentido queda de manifiesto por el propio contenido de la reforma que, tal como se ha indicado en los antecedentes de este informe, una de las cuestiones a resolver por ella se refiere a la posibilidad o no de recurrir por la vía del recurso especial los actos administrativos que puedan derivar de los trámites a cumplimentar entre ambas adjudicaciones. Se trata en particular de las incidencias que desde el punto de vista jurídico, surjan en relación con la presentación durante el período que transcurre entre ellas de los diferentes documentos a que se refería el párrafo segundo del artículo 135.4 de la Ley en su redacción anterior.

Precisamente para dar solución a la posibilidad de que también dichos actos fueran susceptibles de recurso especial, exigencia que se deriva de la Directiva 2007/66/CE, la reforma suprime la dualidad de adjudicaciones manteniendo una sola, antes de la cual deben aportarse por el futuro adjudicatario la totalidad de los documentos. Puesto que dicha única adjudicación es uno de los actos recurribles a través del nuevo recurso especial, es evidente que las incidencias relacionadas con la presentación de tales documentos ya pueden ser motivo para la interposición del



recurso, recogiendo con ello lo que expresamente advirtió la Comisión Europea en dictamen motivado dirigido al Reino de España.

Pues bien, el equivalente a esta adjudicación en el sistema hasta ahora vigente es sin duda la adjudicación definitiva pues es la que se acuerda una vez concluida la totalidad de los trámites que componen el procedimiento. Consiguientemente, frente a los actos de adjudicación provisional dictados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, debe considerarse que no cabe el recurso especial creado por ella, más que si respecto de ellos se cumplieran los requisitos que de conformidad con el nuevo artículo 310 permiten recurrir los actos de trámite. El acto de adjudicación recurrible como tal es la adjudicación definitiva. Y ello, porque sólo de esta forma es posible cumplir con la exigencia derivada de la sentencia de 3 de abril de 2008 en el asunto antes citado, cuya doctrina es recogida expresamente en la Directiva 2007/66/CE, en el sentido de que entre la adjudicación del contrato y su celebración debe transcurrir un periodo de suspensión de sus efectos que permita la posibilidad de interponer el recurso especial y durante el cual, por tanto, no se produzcan actos administrativos que pudieran ser también recurridos. Esta es la razón última que ha llevado al legislador a suprimir una de las dos adjudicaciones y a establecer que el contrato se perfeccione mediante su formalización.

5. Finalmente, para determinar qué recurso cabe interponer contra la adjudicación definitiva, debe distinguirse también según que la adjudicación provisional se haya acordado antes o después de la entrada en vigor de la nueva Ley.

En el primer caso, es decir si la adjudicación provisional se hubiera acordado antes de la entrada en vigor, la adjudicación definitiva no podrá ser recurrida de conformidad con el artículo 37 en su redacción anterior, porque bajo su vigencia no se admitía tal posibilidad, pero tampoco por el procedimiento de recurso introducido por la reforma, porque con arreglo a las normas vigentes para el expediente de contratación (la Ley en su redacción anterior), la única adjudicación recurrible por la vía de recurso especial era la adjudicación provisional. En estos casos si se hubiera recurrido la adjudicación provisional la resolución dictada causaría estado en la vía administrativa e impediría interponer el mismo recurso contra la definitiva y lo mismo cabe decir para el caso de que se hubiera dejado transcurrir el plazo de recurso sin recurrir.



Debe hacerse, sin embargo, la salvedad de que la adjudicación definitiva se hubiera hecho a favor de un licitador distinto del adjudicatario primitivo por entender que no cumplimentó adecuadamente los trámites previstos en el artículo 135.4 de la Ley de Contratos del Sector Público en su redacción originaria, o a favor de este mismo pero con infracción de las normas relativas a la cumplimentación de tales trámites.

En tal caso, debe plantearse si podría interponerse el recurso especial de los artículos 310 y siguientes contra la misma. El criterio de la Junta Consultiva, a este respecto, es que en tal caso procedería la aplicación de la disposición transitoria tercera de la misma y en consecuencia debería interponerse el recurso especial citado, puesto que la adjudicación definitiva habría dejado de ser un acto meramente tributario de la provisional habiéndose producido con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la ley 34/2010, de 5 de agosto,.

Por el contrario, si la adjudicación provisional se hubiera dictado después de la entrada en vigor de la nueva Ley, el único recurso especial a interponer, de conformidad con la disposición transitoria tercera de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, sería el nuevo recurso especial que no procede contra ésta y sí contra la definitiva en base a los argumentos indicados anteriormente.

CONCLUSIONES.

1. Los expedientes de contratación que de conformidad con la disposición transitoria primera de la Ley de Contratos del Sector Público deban considerarse iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto, se seguirán rigiendo por la primera en su redacción original manteniéndose las adjudicaciones provisional y definitiva.
2. Contra la adjudicación provisional cabrá interponer el recurso especial previsto en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público en su redacción original, siempre que se haya acordado antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de Agosto, aunque el plazo para interponerlo y su interposición efectiva tengan lugar con posterioridad a dicha fecha.
3. Contra la adjudicación provisional acordada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, no cabrá la interposición del recurso especial regulado en los artículos 310 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector



Público salvo el caso en que deba entenderse que reúne los requisitos que, con arreglo a este artículo, permiten recurrir los actos de trámite.

4. Contra la adjudicación definitiva no cabrá en ningún caso la interposición del recurso especial regulado en el artículo 37 de la Ley de Contratos del Sector Público en su redacción anterior, pero sí la interposición del recurso regulado en los artículo 310 y siguientes de la nueva Ley siempre que tanto la adjudicación provisional como la definitiva se hayan acordado después de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, o, en caso contrario, si la definitiva se recurriera por infracción del ordenamiento jurídico derivada de la cumplimentación de los trámites previstos entre ambas adjudicaciones.