

EL RÉGIMEN TRANSITORIO PARA LOS PROCEDIMIENTOS EN CURSO REGULADO EN LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO, DE MODIFICACIÓN DE LAS LEYES 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, 31/2007, DE 30 DE OCTUBRE, SOBRE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN EN LOS SECTORES DE LA AGUA, LA ENERGÍA, LOS TRANSPORTES Y LOS SERVICIOS POSTALES, Y 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA PARA LA ADAPTACIÓN A LA NORMATIVA COMUNITARIA DE LAS DOS PRIMERAS.

MARÍA JESÚS LORENZANA SOMOZA

Letrada de la Xunta de Galicia.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN INICIADOS Y A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ADJUDICADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO. III. RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN INICIADOS Y A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ADJUDICADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO.

I- INTRODUCCIÓN.

Las sustanciales modificaciones que la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre lleva a cabo sobre las anteriores Directivas 89/665/CEE, de 21 de diciembre y 92/13/CEE, de 25 de febrero que regulaban los recursos en materia de contratación tanto con referencia a los contratos del Sector Público, como con respecto de los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, ello unido a la necesidad de dar cabida en las Leyes 30/2007, de 30 de octubre (en adelante LCSP) y 31/2007, de 30 de octubre, a la declaración de nulidad de los contratos en los términos previstos en la nueva Directiva, aconsejaron la puesta en marcha de una reforma de dichas leyes.

La reforma en cuestión ha sido finalmente acometida por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y en definitiva, y como ya dispone en su propio preámbulo esta Ley, “no tiene más alcance que el adaptar ambas Leyes a las nuevas exigencias de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre”.

Pues bien, como toda norma que comienza su andadura en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, presenta problemas de aplicación tras su entrada

en vigor precisamente respecto de aquellas situaciones y relaciones jurídicas creadas, o al menos iniciadas, bajo la vigencia del régimen anterior, pero que han de producir sus efectos, o incluso llegar a perfeccionarse, cuando ya es de aplicación la nueva ley.

El problema de la transitoriedad de las normas, cuestión en todo caso de no fácil solución, ha venido resolviéndose habitualmente en nuestro ordenamiento jurídico a través de las propias normas de derecho transitorio que para el momento de su entrada en vigor cada ley prevé. Claro está, ello sin perjuicio de las normas transitorias supletorias por antonomasia en nuestro Derecho, cuales son las disposiciones transitorias del Código Civil, normas que inspiran, ni que decir tiene, a nuestro legislador en la creación de ese Derecho transitorio concreto que cada nueva norma que ingresa en nuestro ordenamiento jurídico suele contener.

De una lectura apresurada de las disposiciones transitorias de la Ley 34/2010, el aplicador jurídico puede llegar a la conclusión errónea de que efectivamente dicha Ley, siguiendo con nuestra tradicional técnica normativa, cuenta con una disposición transitoria *ad hoc* en materia de procedimientos en curso en el momento de su entrada en vigor, y ello dado el hecho de que la disposición transitoria tercera de la norma en cuestión lleva precisamente tal título: “Procedimientos en curso”.

Ahora bien, bajo la rúbrica señalada, la disposición transitoria tercera de la ley 34/2010 se limita a regular en realidad y casi en exclusiva el régimen transitorio aplicable en la tramitación de recursos especiales en materia de contratación, tanto en lo que hace a procedimientos de recurso ya iniciados bajo la vigencia del régimen anterior y por tanto al amparo del antiguo artículo 37 LCSP, como respecto de la interposición de este tipo de recursos una vez entrada en vigor la nueva ley (siendo por tanto de aplicación el actual artículo 310 LCSP), pero con referencia a expedientes de contratación iniciados antes de su entrada en vigor.

La exposición que haremos a continuación tratará pues de ofrecer una visión completa del régimen transitorio aplicable, ante esta laguna legal, a todos aquellos expedientes de contratación iniciados pero no finalizados bajo la vigencia de la antigua LCSP, así como también respecto de régimen jurídico correspondiente a los contratos ya adjudicados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, para finalmente hacer una breve referencia al régimen transitorio del recurso especial en materia de contratación previsto expresamente, como ya hemos mencionado, en la nueva Ley 34/2010.

II.- RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN INICIADOS Y A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ADJUDICADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO.

La solución a los problemas de transitoriedad que la Ley 34/2010 puede plantearnos respecto de los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor, entendemos, hemos de buscarla en una norma de

derecho transitorio de carácter supletorio, puesto que, como ya hemos adelantado en la introducción de este artículo, la Ley referida no contempla en su articulado precepto o disposición específica en la materia.

Así el estado de la cuestión, parece evidente que, de ser posible, habremos de acudir al Derecho Administrativo, y dentro de éste, a la normativa en materia de contratación pública existente para encontrar normas aplicables a nuestro supuesto concreto. Por esta razón, entendemos que la técnica más correcta resulta ser para el caso que nos ocupa, la aplicación de la disposición transitoria primera de la propia ley modificada por la Ley 34/2010: la LCSP.

Dicha disposición transitoria primera LCSP literalmente dispone: *“Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.*

- 1. 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.*
- 2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.”*

Pues bien, como podemos comprobar, la LCSP discrimina para solventar los problemas de transitoriedad que su propia entrada en vigor dio lugar, entre los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de la misma y los contratos adjudicados antes de dicha fecha; a su vez, la disposición transitoria citada indica cuándo se habrá de entender que un expediente de contratación ha sido iniciado.

La distinción efectuada en primer lugar entre expediente iniciado y contrato adjudicado tiene su antecedente normativo en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, que en su disposición transitoria señalaba: *“Los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se regirán por la normativa anterior,”*

En este sentido cabe destacar que la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas a la que precisamente la Ley 53/1999 modifica no efectuaba la citada distinción, pues simplemente se limitaba a señalar en su disposición transitoria primera que: *“Los expedientes de contratación en curso en los que no se haya producido la adjudicación se regirán por lo dispuesto en la presente ley, sin que, no obstante, en ningún caso sea obligatorio el reajuste a la presente ley de las actuaciones ya realizadas”.*

Por otro lado, el concepto legal de “expediente de contratación iniciado” se encontraba ya en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas (en adelante

TRLCAP), pero ahora se completa en la LCSP con la referencia a los procedimientos negociados. Así, el citado TRLCAP se pronunciaba en los siguientes términos en su disposición transitoria 1ª: *“Los expedientes de contratación iniciados y los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, 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 de adjudicación del contrato.”*

Dejando a un lado ya los antecedentes legislativos de la disposición transitoria primera LCSP, debemos ahora centrarnos en el estudio de la problemática que la citada disposición presenta. En concreto son tres las cuestiones que han de ser analizadas, a saber: la contradicción legal existente en cuanto a lo que ha de entenderse por “expediente de contratación”; el problema de la distinción entre expedientes de contratación y contratos adjudicados; y el tema relativo a los expedientes de contratación que, aunque iniciados y tramitados en su totalidad con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, finalmente la publicación de la convocatoria de la licitación tiene lugar con posterioridad.

I.- La contradicción legal existente en cuanto a lo que ha de entenderse por “expediente de contratación”.

Este problema es el mismo que ya en su día se planteó bajo la vigencia del TRLCAP (dejando a un lado el caso de los procedimientos negociados a los que dicho texto refundido no se refería), y es un problema sustancialmente teórico.

Así, el artículo 93.1 LCSP dispone literalmente que: *“La celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el artículo 22 de esta Ley”*.

Por su parte, recordamos, la disposición transitoria primera LCSP entiende que: *“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”*.

En consecuencia, en el primer precepto la Ley entiende que el expediente de contratación se inicia con el acuerdo del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, mientras que para el segundo el expediente está iniciado a partir del momento de la publicación de su convocatoria.

No obstante, esta aparente contradicción entre dos preceptos de un mismo texto legal puede ser salvada perfectamente a través de una interpretación integradora de la norma, en el sentido de entender que el concepto que da la disposición transitoria estudiada de “expediente iniciado” lo es exclusivamente a los efectos de lo que tal norma regula, es decir, a los efectos de Derecho transitorio.

De este modo, y aun reconociendo que no resultan coherentes las dos definiciones recogidas en la LCSP, lo cierto es que la cuestión se presenta, como ya avanzamos, como de índole radicalmente teórica, puesto que a la hora de su puesta en práctica cada uno de los dos preceptos en contradicción cuenta con un campo propio de aplicación que es a su vez muy preciso, y que impide en consecuencia su colisión, y evita, en definitiva, cualquier problema real derivado de la regulación efectuada por la LCSP.

2.- El problema de la distinción entre expedientes de contratación y contratos adjudicados.

La disposición transitoria 1ª LCSP efectúa una distinción entre lo que denomina “expedientes de contratación iniciados” y “contratos administrativos adjudicados”, para a continuación pasar a determinar el régimen jurídico aplicable a unos y a otros.

Pues bien, es evidente que si efectuamos una interpretación literal del precepto, la segunda de las previsiones (la que se refiere a los “contratos administrativos adjudicados”) puede ser considerada a todas luces como reiterativa, puesto que resulta que todos los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP nacen como consecuencia de la tramitación de expedientes que fueron iniciados también con anterioridad a dicha fecha, ya que no podría ser de otro modo.

Como ya señalábamos anteriormente, esta previsión la podíamos encontrar ya en el TRLCAP, pero debemos tener en cuenta que en dicho texto legal la referencia no resultaba tan sobrante o reiterativa, puesto que en el mismo no se efectuaba una mención expresa a los procedimientos negociados exceptuados de publicidad; por lo tanto podría entenderse que jugaba respecto de estos procedimientos negociados la segunda regla en cuestión, es decir, la que se refiere a los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor del TRLCAP, porque que no se podía aplicar la primera regla al no existir publicidad de la convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.

Así el estado de las cosas en lo que hace a la LCSP (y por ende a la Ley 34/2010), cabría entender que la segunda de las previsiones de la disposición transitoria primera debe ser interpretada a *sensu contrario*, es decir, que la misma adquiere sentido y eficacia si se aplica a los contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley. De este modo tendríamos que los contratos adjudicados con posterioridad a la nueva ley se regirían en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción por dicha ley, aunque el expediente se rigiese de acuerdo con la regla primera por la ley anterior.

Sin embargo, y aun cuando la solución anterior parece estar dotada de bastante lógica, debe también tenerse en cuenta que la misma resulta peligrosa teniendo en cuenta lo que pasamos a exponer.

En Derecho Administrativo, al igual que en Derecho Civil, y con independencia de las matizaciones que quieran dársele, rige el principio de libertad de pactos y el respeto a la autonomía de la voluntad (véase el artículo 25.1 LCSP). De todo ello se desprende que si

las partes han contratado conforme a un pliego de cláusulas administrativas particulares y han formalizado un contrato administrativo con sus correspondientes cláusulas, ambos constituyen “*lex inter partes*” y han de ser cumplidos; y lo que en ellos se haya dispuesto no puede ser alterado por la entrada en vigor de una nueva ley, que no puede anular *per se* lo pactado entre las partes bajo la vigencia de una ley anterior por el solo hecho de su publicación.

Así pues, la solución más adecuada al problema interpretativo que se nos presenta parece ser, como lo es en múltiples ocasiones, una postura intermedia o integradora de las dos anteriores, la cual se basa en el hecho de que, de acuerdo con la dicción literal del precepto, parece preferible una interpretación que trate de dar cierta relevancia a la distinción que la propia disposición transitoria establece en relación con el régimen jurídico aplicable al “expediente iniciado”, respetando a su vez el principio del pliego como “*lex inter partes*”.

De acuerdo con ello, los contratos correspondientes tendrán un régimen jurídico sustantivo peculiar:

En primer lugar, los pliegos, en la medida en que son ley del contrato y fijan las condiciones en atención a las cuales las empresas han planteado sus ofertas, deben ser de aplicación prioritaria o preferente.

En segundo lugar y no obstante lo anterior, la integración de las dudas o la aplicación supletoria de la normativa correspondiente habrá de realizarse conforme al nuevo marco normativo, siempre que ello no resulte incompatible con el contenido básico de los mencionados pliegos.

En definitiva, se trata de efectuar una interpretación conjunta y armónica de ambos regímenes jurídicos que habrá de valorarse en cada supuesto específico.

En el sentido señalado se pronuncia el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 43/2008, de 28 de julio, así como diversos dictámenes de la Dirección General de la Asesoría Jurídica de la Xunta de Galicia, estos últimos en relación a la aplicación de las disposiciones transitorias de la Ley 53/1999 y del TRLCAP.

Así, el informe 43/2008 de la Junta Consultiva se expresa en los siguientes términos:

“Finalmente, la consulta de la Intervención General plantea las dudas que surgen en cuanto a la interpretación que deba darse a la Disposición Transitoria Primera, especialmente en lo que respecta al régimen jurídico aplicable a aquellos contratos cuya convocatoria de licitación hubiese sido objeto de un anuncio publicado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y su adjudicación se hubiese producido con posterioridad.

El origen del problema se encuentra en que algunos de los efectos del contrato están condicionados por la forma en que se regulen en el pliego de cláusulas administrativas particulares de tal forma que habiendo sido recogidos por éste bajo el

régimen jurídico anterior, deban producirse y ajustarse a la nueva regulación, en aplicación de lo establecido por la Disposición Transitoria Primera.

De esta circunstancia podrían derivarse, de una parte, dudas en cuanto al régimen aplicable a los mismos, y de otra, la consiguiente inseguridad jurídica de las partes. Sin embargo, la solución, concebida en términos generales, sólo puede ser atenerse de forma estricta a lo dispuesto en la Disposición Transitoria puesto que de su redacción no se desprende la posibilidad de hacer una interpretación que no se ajuste literalmente a ella. En consecuencia, los actos de preparación del contrato, incluido el contenido de los pliegos, así como los relativos al procedimiento de adjudicación se deben regir por la norma vigente en el momento de publicarse el anuncio de licitación o de aprobarse los pliegos cuando se trate de un procedimiento negociado sin publicidad. Por el contrario, lo relativo a la ejecución, efectos y extinción del contrato se regirá por la norma vigente en el momento de la adjudicación, aún cuando sea distinta de la anterior.

Esta conclusión, no obstante, hay que entenderla de forma matizada para el caso de que la mención en los pliegos de algún elemento contractual pueda determinar con arreglo al régimen de la legislación anterior la producción de unos efectos distintos de los que deberían producirse al amparo de la actual. En tal caso, los efectos derivados de esta circunstancia debería regirse por la norma vigente en el momento de aprobarse éstos, aun cuando, con arreglo a la Ley actual, tales efectos del tratamiento de la cuestión en los pliegos puedan ser distintos.”

3.- La cuestión de los expedientes de contratación que, aunque iniciados y tramitados en su totalidad con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, finalmente la publicación de la convocatoria de la licitación tiene lugar con posterioridad.

El tema que pasamos a analizar en este punto consiste en determinar qué ocurre con los casos de contratos cuyos pliegos de cláusulas administrativas particulares fuesen contrarios al Derecho vigente en el momento de su publicación, por inspirarse éstos en un régimen anterior, que era el vigente cuando se prepararon los pliegos, pero que ya no lo es en el momento de publicarse la convocatoria.

Vaya por delante que lo deseable sería en todo caso haber adaptado los pliegos a la nueva normativa cuando se previó o resultaba evidente que la publicación de la convocatoria sería posterior a la entrada en vigor de la nueva ley.

Pero a nadie es ajena la dinámica de los procedimientos administrativos, y el hecho de que desde que se comienza la elaboración de un pliego de cláusulas administrativas particulares hasta que la convocatoria de la licitación se envía y es objeto de publicación en los boletines oficiales correspondientes puede pasar un tiempo más que considerable que dará lugar a la situación a la que nos referimos en estas líneas.

¿Qué ocurre entonces cuando nos encontramos con un pliego publicado tras la entrada en vigor de la Ley 34/2010 y que sin embargo no está adaptado a las novedades que esta Ley introduce en la LCSP?

La solución más lógica, y para que engañarnos, la única solución plenamente ajustada a Derecho, será el desistimiento del procedimiento, iniciando a continuación uno nuevo con unos pliegos con sustento en el Derecho vigente.

Sin embargo, es bien cierto que existen autores con posturas tendentes a la defensa del mantenimiento de los pliegos ya publicados en estos casos, teniendo en cuenta una serie de argumentos ciertamente fundamentados, y de los que pasamos a hacernos eco resumidamente en las líneas siguientes.

La publicación de una licitación con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010 conforme a pliegos no adaptados a esta nueva normativa no determina automáticamente ni la pérdida de eficacia ni la invalidez de los pliegos y del contrato. Para ello será necesario una revisión de oficio o una impugnación de los pliegos.

Así mismo, en estos casos deben prevalecer siempre los principios de seguridad jurídica, defensa del interés público y respeto a la libre concurrencia y transparencia en la adjudicación del contrato, así como el principio de economía procedimental.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que los pliegos de cláusulas adquieren un relieve muy particular en el momento en el cual se anuncia públicamente la licitación del contrato. Hasta ese momento, las cláusulas por las que se ha de regir el contrato constituyen una mera actuación interna de la Administración que no genera derechos ni expectativas a terceros ajenos a la Administración.

Sin embargo, la publicación del anuncio para adjudicar el contrato supone una exteriorización de la voluntad administrativa que fija de forma definitiva una oferta contractual, abre un proceso de concurrencia competitiva entre empresas contratistas y genera un derecho, o al menos una firme expectativa para que el contrato se adjudique, perfeccione y consuma a favor de la oferta económicamente más ventajosa, y de conformidad con las condiciones y cláusulas fijadas unilateralmente por la Administración.

Por último, otros argumentos a favor de esta tesis destacan el hecho de que las modificaciones a que ha dado lugar la ley 34/2010 no afectan a la preparación de las proposiciones de las empresas, con lo cual las mismas no se pueden ver perjudicadas en este sentido.

Dicho todo lo anterior, a nuestro entender el mantenimiento de los pliegos publicados en los términos discutidos en este apartado sólo será posible en casos absolutamente excepcionales, y cuando el interés público existente se pueda ver muy gravemente afectado y perjudicado en caso de desistirse del procedimiento. Y aún así, en estos casos, y con la finalidad de resolver con eficacia esta eventual “disfunción”, debería llevarse a cabo una modificación-actualización parcial de los pliegos aprobada por el órgano de contratación y publicada en el perfil del contratante, sin que sea necesario reabrir plazos de presentación de proposiciones pues, como ya hemos puesto de manifiesto, esta modificación no afecta a la preparación de las proposiciones.

III.- RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A LOS EXPEDIENTES DE CONTRATACIÓN INICIADOS Y A LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ADJUDICADOS CON ANTERIORIDAD A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 34/2010, DE 5 DE AGOSTO.

La disposición transitoria tercera de la Ley 34/2010 dice textualmente:

“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.”

Dos son los supuestos de interés a analizar en lo que se refiere a la aplicación de esta disposición.

En primer lugar, se plantea la cuestión de cuál debe ser el régimen de los recursos que pueden interponerse contra la adjudicación provisional y la adjudicación definitiva en el caso de expedientes de contratación iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 34/2010, pero respecto de actos dictados con posterioridad a dicha fecha, cuando en los pliegos que rigen la licitación se haya efectuado mención expresa a la aplicación del recurso especial de acuerdo a su “antigua” regulación en el artículo 37 LCSP. Es decir, se trata aquí de determinar 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.

En este sentido, debemos manifestar que compartimos en su integridad lo manifestado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, cuando señala en su informe 45/2010, de 28 de septiembre, denominado “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”:

“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.”

En segundo lugar se plantea otra cuestión de interés en la materia analizada en este apartado, cual es la de determinar qué concreto recurso puede interponerse contra cada una de las adjudicaciones, provisional y definitiva, en el caso de procedimientos en curso cuando se produce la entrada en vigor de la Ley 34/2010. En este caso seremos más críticos con la solución recogida en el informe 45/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Para abordar esta cuestión debemos hacer referencia a las posibles situaciones que se podrán presentar en la práctica, las cuales pasamos a analizar.

En primer término habrá que pensar en un supuesto en el que la adjudicación provisional se hubiese producido con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley. En este caso suscribimos nuevamente el criterio de la Junta Consultiva en su informe:

“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.”

El segundo supuesto que se nos podrá plantear será aquel en el que la adjudicación provisional se haya dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010. En este caso hemos de manifestar que diferimos del criterio adoptado por la Junta Consultiva en su informe, por más que ha de reconocerse que el mismo se encuentra plenamente fundamentado, empleando argumentos jurídicos de peso, los cuales, ni que decir tiene, resultan muy seguramente tan o más válidos que los nuestros.

El criterio de la Junta es expresado en su informe 45/2010 en los siguientes términos:

“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.”

Pues bien, como venimos diciendo no nos resulta posible apoyar la tesis anterior, puesto que, entendemos, la adjudicación provisional de acuerdo con la regulación contenida en la “antigua” LCSP no resulta ser un mero acto de trámite sino que se configura en dicha Ley como un acto básico del procedimiento que podría considerarse como un acto especial “cuasifinalizador” del mismo ya que contiene el resultado material de dicho procedimiento; resultado además que no podrá ser posteriormente alterado por la mera voluntad de la Administración siempre y cuando se cumplan por parte del adjudicatario provisional los requisitos previstos en la Ley; razón esta por la que, de darse este caso, la adjudicación definitiva se presenta como un acto debido para el órgano de contratación, el cual no podrá variar su contenido a su antojo.

Entendida así la adjudicación provisional, parece lo más lógico seguir sosteniendo que aún en el caso de que ésta se haya dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2010, siga siendo posible el recurso especial regulado en los nuevos artículos 310 y siguientes LCSP contra dicha adjudicación.

Para finalizar el recorrido iniciado, cabe ahora plantearnos los recursos que resultarán viables frente a la adjudicación definitiva.

En el caso de que la adjudicación provisional se hubiera acordado antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, como bien manifiesta la Junta Consultiva: “*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”

¿Y qué ocurriría en el caso de que la adjudicación provisional se hubiera dictado después de la entrada en vigor de la nueva Ley?

Como ya venimos indicando, en esos casos el recurrente podrá presentar el recurso especial contra la adjudicación provisional basando dicho recurso en todos los argumentos que conduzcan a fundamentar que la oferta ganadora no es la oferta económicamente más ventajosa. En consecuencia, a nuestro entender, contra la adjudicación definitiva se podrá usar el recurso especial, pero sólo en base a aquellos motivos que impliquen que los “actos automáticos” entre adjudicación provisional y adjudicación definitiva no son correctos. Es decir, no resultará posible presentar un recurso especial contra la adjudicación definitiva cuando ha sido desestimado el mismo recurso contra la adjudicación provisional y en base a los mismos motivos, ni tampoco haber dejado transcurrir el plazo para recurrir la adjudicación provisional y pretender, sin embargo, recurrir posteriormente la adjudicación definitiva por entender que la misma no se ha producido a favor del licitador cuya oferta era la económicamente más ventajosa.

En apoyo de la tesis que acabamos de exponer se encuentra además el hecho de que de dicho modo en ningún momento se producirá indefensión para los interesados, puesto que se les da pie de recurso en la adjudicación provisional y también en la adjudicación definitiva, en cada caso por los motivos expresados.

Sin embargo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa siguiendo la argumentación que venimos comentando entiende que *“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”*.

ABREVIATURAS

TRLCAP: ... Texto refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública

LCSP: ... Ley de Contratos del Sector Público.