

**Circular 1/2010, de 22 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “novedades en la regulación de la contratación pública y la incidencia práctica. Transitoriedad”**

**ANTECEDENTES**

En virtud de la competencia reglamentariamente atribuida a esta Junta (Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento), con la finalidad de dar a conocer los cambios de la legislación de contratación administrativa –su alcance y efectos-, así como resolver dudas interpretativas sobre el régimen de transitoriedad, el Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sesión celebrada el 22 de septiembre de 2010, acordó aprobar esta Circular interpretativa relativa a las “novedades en la regulación de la contratación pública y la incidencia práctica. Transitoriedad”.

**Primero.- Novedades legislativas que inciden y modifican la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007.**

La Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007, traspuso la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, de Contratos públicos. Sin embargo, y pese a tratarse de una norma que se puede calificar como cabecera del grupo normativo, y de marcado carácter estructurante del ordenamiento jurídico administrativo, la misma ha sido objeto ya de varias reformas que inciden en la gestión práctica y que aconsejan la fijación de criterios interpretativos. Las reformas efectuadas hasta la fecha, ordenadas cronológicamente -y pendientes del Proyecto de Ley de Economía Sostenible (con nueva regulación de la cuestión de los modificados de los contratos, principalmente) y el Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras

públicas y por los titulares de contratos de colaboración público-privada- son:

a) El Real Decreto-Ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo. Las medidas incluidas en su capítulo II están destinadas a favorecer la actividad empresarial, en diversos ámbitos. En concreto, el artículo 4 reforma la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido eficacia en un convenio; además, como novedad, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública, en caso de resolución del contrato, cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario.

b) La Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, que modifica el artículo 83 (de las garantías), mediante la adición al mismo de un nuevo apartado 4. En él se establece para el caso de los contratos de concesión de obras públicas la regla general del cálculo de la garantía definitiva aplicando el 5% sobre el valor estimado del contrato, cuantificado de conformidad con el artículo 76.3 LCSP; pero previendo no obstante la posibilidad de que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y duración del contrato, y justificándolo adecuadamente, pueda reducir el importe de la garantía definitiva una vez ejecutada la obra y durante el periodo previsto para su explotación; fijando los criterios para esta reducción con un límite del 2% del importe del valor estimado del contrato.

c) La Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que pretende reducir progresivamente los plazos para los pagos de las Administraciones Públicas a los contratistas. Esta norma da nueva redacción al artículo 200.4 y añade el artículo 200 bis, acortando dichos plazos de pago a treinta días. No obstante, se establece un período transitorio con plazos de pago distintos (hasta el 2013), aplicables a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2010 (a partir del 7 de julio de 2010).

d) Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras. Su objeto es la reforma de las leyes 30/2007 y 31/2007 citadas, para adaptarlas a la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Esta norma (que afecta sustancialmente a los artículos 27, 37, 38, 39, 91, 96, 135, 138, 140, 174, 182 y 186, así como las contenidas en los nuevos artículos 310 a 319) prevé la sustitución del recurso especial del artículo 37 LCSP por un nuevo recurso, de carácter potestativo, ante un órgano independiente de carácter administrativo -formado por expertos en derecho administrativo y contratación pública- y que, en el ámbito estatal, recibirá el nombre de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Las Comunidades Autónomas pueden crear su Tribunal ("arrastrando" a las entidades locales y demás poderes adjudicadores de ese ámbito autonómico). Estos tribunales administrativos tendrán naturaleza administrativa y sus miembros gozarán de inamovilidad e

independencia. La característica principal de la nueva regulación es que se prevé la suspensión de la adjudicación del contrato cuando medie un recurso por alguna de las partes perjudicadas, así como la obligación de anunciar previamente por escrito, al órgano de contratación, la intención de interponer el recurso especial en materia de contratación, en el plazo previsto para la interposición de éste, que se amplía de diez a quince días hábiles, especificándose el inicio del cómputo del plazo, en función del acto que se impugne.

Novedad importante es que desaparece la dualidad adjudicación provisional y definitiva, y que el contrato se perfeccionará con la formalización y no con la adjudicación (modificando en este punto las causas de resolución dado que la no formalización, al no estar perfeccionando el contrato, no supone la resolución del contrato). En coherencia con este cambio legislativo se ha modificado el artículo 135 LCSP, anticipando trámites que se exigían antes tras la eliminada adjudicación provisional: ahora el órgano de contratación (no la mesa de contratación), recibida la propuesta de adjudicación que ha establecido la mesa de contratación, se dirige al empresario elegido, para que aporte la documentación que especifica el artículo 135 LCSP (nueva redacción) y la garantía que establece el artículo 83.1 LCSP (en su nueva redacción). Si recibe esa documentación y se considera correcta, el órgano de contratación dictará el primer acto administrativo propiamente dicho, que es el de la adjudicación -o el de exclusión en caso contrario-, acto que no perfecciona el contrato hasta que no se proceda a la formalización del mismo (artículo 27.1 LCSP, nueva redacción). Dicho acto de adjudicación se notificará a los licitadores y se publicará en el perfil de contratante (artículo 135.4 LCSP, nueva redacción). Además, se reduce de quince a diez días hábiles el plazo de que dispone el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa (ahora el propuesto adjudicatario, antes adjudicatario provisional) para presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorizar al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer de los medios que se

hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato y de haber constituido la garantía definitiva procedente, pudiendo las normas autonómicas fijar un plazo mayor, sin que exceda de veinte días hábiles (antes un mes).

e) La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que en su artículo 17 modifica la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, introduciendo una Disposición Adicional Cuarta que suprime, con efectos de 1 de abril de 2011, la limitación a la contratación de Empresas de Trabajo Temporal que contiene la Disposición Adicional Quinta LCSP, en el sentido de limitar esa contratación para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos.

Sin duda todos estos cambios aportan ciertas incertidumbres en la gestión de la contratación pública que obligan, por lo demás, a adaptar expedientes y pliegos, así como la información del perfil de contratante.

**Segunda.- El problema de transitoriedad de la nueva regulación. En especial la Ley 34/2010, de 5 de agosto.**

La Ley 34/2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) número 192, de 9 de agosto de 2010, declarando su entrada en vigor al mes de su publicación, a excepción de lo dispuesto en la disposición transitoria primera para el nombramiento y constitución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que lo hace al día siguiente a su publicación. Por tanto, la entrada en vigor de la modificación de la LCSP tuvo lugar el 9 de septiembre de 2010, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 5 del Código Civil (con la excepción de la Disposición Transitoria Primera, que entró en vigor el 10 de agosto de 2010).

Sin embargo, han surgido dudas de cuándo y cómo deben aplicarse las novedades de regulación que contiene esta norma (recuérdese que el artículo 3 del Código Civil afirma que “Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”). La Disposición Transitoria tercera de la Ley 34/2010 dice:

***Disposición transitoria tercera. Procedimientos en curso.***

*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.*

Nada más dice esta Ley, lo que justifica las dudas interpretativas que han surgido y que esta Circular pretende aclarar, advirtiendo que la Ley resulta deficiente en este concreto aspecto por incompleta, al guardar silencio en cuanto a la aplicabilidad temporal del nuevo sistema de adjudicación y perfección jurídica de los contratos públicos. Analizando esta Disposición Transitoria se puede extraer alguna conclusión.

a) En cuanto al tratamiento de los recursos especiales, la Ley 34/2010, parece clara en su mandato, de forma que los recursos especiales iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, se tramitan de acuerdo con las previsiones de la Ley 30/2007 antes de su reforma. Sin embargo, los recursos especiales interpuestos contra actos dictados con posterioridad se tramitan según las previsiones de la nueva Ley 34/2010. Y ello porque este nuevo recurso tiene

carácter retroactivo a los expedientes anteriores a la entrada en vigor, salvo que ya se hubiera interpuesto el actual recurso especial ex artículo 37 LCSP. Así, aunque el pliego remitiera al artículo 37 –ahora modificado- por imperativo legal corresponde ahora su fiscalización al nuevo Tribunal, con las consecuencias y régimen propio del mismo (en especial la suspensión).

b) Sin embargo, nada se dice en esta DT 3ª en cuanto a cómo proceder en la tramitación de los expedientes en lo relativo al régimen de la adjudicación contractual. Esta Junta entiende que deben aplicarse las reglas generales de la legislación administrativa, en tanto en la Ley 34/2010 nada se dice de la adjudicación provisional/definitiva; por lo que habrá que entender que será ese régimen dual el que se aplique en los expedientes iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley (aunque en los tramitados entre su publicación y entrada en vigor el pliego podría contener previsiones al respecto). Es decir, debe realizarse tanto la adjudicación provisional como definitiva, cumpliendo los requerimientos propios (entre ellos el de publicidad en perfil de contratante) perfeccionándose el contrato con la adjudicación definitiva y siendo la no formalización causa de resolución. Por ello, será ante el acto de adjudicación provisional –el que pone fin al fondo del procedimiento- el momento procedimental para el recurso ante el Tribunal y la acción de nulidad que se regula en la Ley 34/2010. Recuérdese que de la regulación de los artículos 37 y 135 LCSP (en la redacción inicial de 2007) se deduce que la adjudicación provisional es el acto declarativo de derechos que será objeto de fiscalización, y que la elevación a definitiva tiene únicamente por objeto el cumplimiento de una de las características propias de los recursos de la Directiva, es decir, que no comience la ejecución en tanto se resuelve un recurso. Por ello se puede concluir que tras la adjudicación provisional y su posterior recurso se produce la adjudicación definitiva, sin que proceda ya ningún recurso contra ésta en este aspecto, dado que la adjudicación definitiva se presenta, desde la perspectiva de la adjudicación, como un trámite formal y no de fondo, ya que la decisión propiamente dicha se adopta en la adjudicación provisional por el órgano competente (sobre esta cuestión nos remitimos al Informe 18/2008, de 21

de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “Sistema de recursos contra los actos de adjudicación en el marco de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, así como al Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 48/08, de 29 de enero de 2009, sobre “Dudas respecto a qué recursos se pueden interponer en la adjudicación provisional en los contratos de regulación no armonizada”).

Así, no parece correcta, a criterio de esta Junta, una interpretación que condujera a que en los expedientes de contratación anteriores a la entrada en vigor de la ley que estén pendientes de la adjudicación provisional, se dictara ya un único acto de adjudicación contra el que cabría el actual recurso, siempre que dicho acto se dictara con posterioridad a la entrada en vigor de la ley. Y ello porque desde una perspectiva estrictamente jurídica, implicaría una extensión del régimen transitorio al procedimiento de contratación, que en ningún caso ha sido establecido por la Ley 34/2010. Sería, además una argumentación contraria al principio general del derecho de interpretación restrictiva del régimen transitorio de retroactividad, por tener precisamente el mismo carácter excepcional. En definitiva, será en las notificaciones de la adjudicación provisional donde se hará constar la posibilidad de interponer contra la misma el recurso administrativo especial del artículo 310 y ss. LCSP, en virtud de la previsión de la DT3<sup>a</sup>. Tras el recurso y la adjudicación definitiva (momento de perfección), insistimos, se formalizará el contrato.

c) Sin embargo, la cuestión más delicada es qué se debe entender por expediente iniciado, y cómo debe ser interpretado el alcance de la transitoriedad. Complejidad que deriva de cómo interpretar la frase “expediente iniciado”, que recoge la DT3<sup>a</sup> de la Ley 34/2010. Esta situación, como se apuntaba, no es fácil de resolver y aconseja cierta reflexión, ya que podrían encontrarse argumentos a favor de una respuesta u otra. En todo caso, conviene recordar que el inicio del expediente y el inicio del procedimiento son, atendiendo a una concepción



estricta, trámites diferentes. El expediente se inicia con la resolución motivada del órgano de contratación justificando la necesidad de la contratación, la elección del procedimiento de adjudicación a utilizar y de los criterios que se tendrán en cuenta para llevar a cabo la adjudicación. En un sentido amplio, esa resolución también da lugar al inicio del procedimiento, en concreto, a la fase de preparación del expediente, pero el artículo 94 LCSP distingue otro trámite para referirse a la apertura (inicio) del procedimiento, concretamente al inicio de la fase de adjudicación. Este segundo trámite consiste en una nueva Resolución motivada del órgano de contratación, aprobando el expediente de contratación conformado y disponiendo expresamente la apertura del procedimiento de adjudicación. Por ello, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 31/2005 de 29 junio, defendió la argumentación de que el inicio del expediente de contratación no requiere que se adopte un acuerdo expreso por parte del órgano de contratación, acto que se producirá necesariamente cuando se proceda a la aprobación del expediente, en el que se integran los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas y los documentos anexos correspondientes al expediente de gasto.

En este contexto, una primera interpretación -de carácter formal- nos sugiere que la Ley 34/2010 tiene autonomía y función propia y que regula expresamente – y con ese carácter parcial- la transitoriedad. Por ello, guardando silencio sobre otras cuestiones, bien puede defenderse que es esa la intención del legislador. Así, no resultaría correcto extender la aplicación de la transitoria 1ª de la Ley 30/2007 al no poder tener dicho precepto proyección “hacia adelante”, en tanto que esa transitoria desplegaría sus efectos en el momento temporal que se dicta - 2007- y no podría aplicarse para una reforma de 2010. En resumen, no parecería factible la aplicación de la disposición transitoria 1ª de la Ley 30/2007, que ya habría desplegado sus efectos específicos. Y por expediente iniciado habrá que estar a las reglas generales: resolución del órgano de contratación.

Una segunda interpretación –más de carácter finalista desde la perspectiva de gestión administrativa- apunta a la necesidad de acogerse a la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007 y entender que la transitoriedad desaparece si no se hubiera publicado el procedimiento. Así, los expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la ley serán aquellos cuyos pliegos hubiesen sido publicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley –en los procedimientos negociados sin publicidad, se tomará en cuenta para entenderlos iniciados la fecha de aprobación de los pliegos-. En consecuencia, los expedientes de contratación que aún no se hubieran abierto en fase de licitación al mercado- ya sea mediante la publicación preceptiva correspondiente al tipo de contrato (SARA o no) en los procedimientos abiertos y negociados con publicidad; o mediante la aprobación de los pliegos en el caso de los procedimientos negociados sin publicidad- deberían adaptar sus previsiones a la LCSP reformada, incorporando el régimen de adjudicaciones que prevé la ley 34/2010. Igualmente, de haber sido enviados los pliegos tras la entrada en vigor sin la debida adaptación el procedimiento deberá en todo caso adecuarse a las nuevas disposiciones legales, por imperativo del principio de jerarquía normativa.

Pues bien, es esta última interpretación la que esta Junta considera debe aplicarse al integrar adecuadamente los distintos intereses en juego, aportando racionalidad a la gestión y seguridad jurídica a los licitadores.

d) Por último, debe darse solución a los casos de procedimientos con publicidad tramitados y remitidos al boletín antes de la entrada en vigor, pero que se han publicado con posterioridad. Con la finalidad de resolver con eficacia esta eventual "disfunción", en aras al principio de economía procedimental, esta Junta entiende que resultaría posible una publicidad (a través del perfil de contratante) de una modificación-actualización parcial de los pliegos en cuanto al procedimiento, aprobada por el órgano de contratación, sin que sea necesario reabrir plazos de presentación de proposiciones, ya que no afecta a la preparación de las proposiciones.

Por todo lo expuesto esta Junta emite esta **Circular de carácter interpretativo** con el objetivo de informar a los distintos órganos de contratación de la Comunidad Autónoma de Aragón acerca de las principales modificaciones efectuadas en la LCSP (y en especial de las introducidas por la Ley 34/2010, de 5 de agosto) y sus efectos, a fin de que puedan ser tenidas en cuenta para la preparación de los expedientes de contratación.

Por lo demás, se recuerda igualmente que en ausencia de Tribunal propio para Aragón, y al no existir convenio con el Tribunal Central de Recursos Contractuales del Estado para trasladar ante él la resolución del recurso especial, se mantiene el recurso especial ex artículo 37 derogado (ante el mismo órgano o ante el ente de tutela), pero con una consecuencia jurídica distinta: suspensión del expediente hasta que el Juez o Tribunal contencioso-administrativo la levante, de conformidad con el apartado d) de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 34/2010 (lo que condiciona la operatividad práctica de los contratos, al retrasarse el comienzo de la ejecución).

**Circular 1/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, acordada en su reunión del día 22 de septiembre de 2010.**