

 DIPUTACIÓN DE BADAJOZ	CRITERIOS JURÍDICOS	
SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y ASISTENCIA A EE.LL -Oficialía Mayor-	Régimen Transitorio de la Ley 34/2010, de modificación de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público	Mod CJ-01 267/CT/2010

Régimen Transitorio de la Ley 34/2010, de modificación de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público

El día 9 de septiembre de 2010 ha entrado en vigor la Ley 34/2010, 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.

Dicha norma, que trae su justificación en la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, sobre régimen de recursos en el ámbito de la contratación pública, además de modificar sustancialmente el llamado recurso especial en materia de contratación, mediante la derogación de los artículos 37, 38 y 39 de la Ley 30/2007 (Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos) y la introducción de un nuevo Libro, Libro VI, artículos 310 a 320 (Libro VI. Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos.) ha ido más allá de esta obligada trasposición de la citada Directiva comunitaria y ha introducido diversas modificaciones en la Ley 30/2007 diferentes a las referidas al recurso especial.

Estas modificaciones, básica y sucintamente, son las siguientes:

- Unificación de las dos adjudicaciones (provisional y definitiva) en una sólo.
- Necesidad de justificar la exigencia de garantía provisional
- El plazo de inicio de ejecución de los contratos se computa , que no podrá ser superior a quince días hábiles, no desde la adjudicación sino desde la formalización.
- Entre la documentación "administrativa" que deben presentar los licitadores deben incluir, en su caso, una dirección de correo electrónico a efecto de notificaciones.
- El plazo para la presentación por el antes adjudicatario provisional ahora licitador con oferta económicamente más ventajosa, de los documentos tales como garantía definitiva, certificados de estar al corriente de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, etc, se baja de quince a diez días.
- El licitador cuya oferta haya sido declarada económicamente más ventajosa puede autorizar al órgano de contratación a obtener de forma directa la acreditación de estar al corriente de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social.
- La adjudicación deberá realizarse en el plazo de CINCO DÍAS hábiles siguientes a la recepción de la documentación. Antes debía elevarse la adjudicación provisional a definitiva dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que expire el plazo otorgado para la presentación de la documentación por el adjudicatario provisional.
- La notificación de adjudicación en mucho más amplia y debe contener la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato

descartado interponer el recurso especial en materia de contratación (si estamos ante un contrato SARA. En todo caso tanto deberá indicarse **el** nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas,

- Obligación de publicar en el perfil del contratante la formalización de los contratos de cuantía superior a la de los contratos menores (50.000 euros para contratos de obras y 18.000 para el resto de los contratos).
- Si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 310.1, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Si no es susceptible de recurso espacial el plazo de formalización se cambia de diez días a quince hábiles.
- Cuando por causas imputables al adjudicatario no se hubiese formalizado el contrato dentro del plazo indicado, la Administración podrá acordar la incautación sobre la garantía definitiva del importe de la garantía provisional que, en su caso hubiese exigido.
- En el Capítulo V del Título I, del Libro Primero de la Ley se crea la Sección Primera con el rótulo «Régimen General», comprensiva de los artículos 31 a 36 ambos inclusive
- Se suprime el Capítulo VI, del Título I, del Libro Primero de la Ley y se crea la Sección Segunda del Capítulo V del Título I del Libro Primero con el rótulo «Supuestos especiales de nulidad» comprendiendo los artículos 37, 38 y 39

La citada Ley 34/2010, en su Disposición Transitoria Tercera regula el régimen transitorio de los procedimientos de recurso especial que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la misma. Sin embargo nada dice ésta sobre el régimen transitorio del resto de modificaciones introducidas en la Ley 30/2007.

Tanto el Real Decreto Legislativo 2/2000 como la propia Ley 30/2007 resolvieron esta cuestión mediante sendas disposiciones transitorias en las que establecían el régimen transitorio de los expedientes iniciados con anterioridad a sus entradas en vigor. El por qué el legislador de la Ley 34/2010 no lo ha hecho es algo que no alcanzamos a entender y que está creando no pocas dudas en nuestros Ayuntamientos.

Ante esta situación, y a fin de dar respuesta a estas dudas que de forma reiterada nos vienen planteando los Ayuntamientos de nuestra provincia. Trataremos de dar una respuesta clara a la problemática planteada.

Nuestro Código Civil en su artículo 2.3 establece: «*Las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario*». Ahora bien, tan claro principio de irretroactividad de las leyes la doctrina jurisprudencial no ha sido ni unánime ni pacífica como ahora veremos.

El principio de la irretroactividad se asienta en «*los deseos de certeza y seguridad jurídica y el respeto de los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas*» (**Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1984**), con la consecuencia de que la interpretación de las normas de derecho transitorio ha de realizarse en sentido restrictivo y, por tanto, sin extender los términos legales a situaciones no contempladas.

Por su parte, las **Sentencias del Tribunal Constitucional de 3 de Febrero de 1981 y 7 de Mayo de 1981** apoyan la existencia de una retroactividad «*a sensu contrario*» de las normas favorables, **la de 11 de Noviembre de 1981** niega la existencia en el caso contemplado de una retroacción de norma desfavorable y **la de 6 de Julio de 1982** niega la posibilidad de aplicar la retroactividad «*en grado*

máximo» ya que ello «*iría contra la misma seguridad jurídica que su artículo 9.3 garantiza*» (artículo 9.3 de la Constitución española). Por otro lado, la Sentencia de 26 de Enero de 1982 admite la posibilidad de la aplicación retroactiva de las leyes nuevas en los casos de disposición expresa de la ley, cuando se desprenda ello del propio contenido de la nueva norma y cuando sean interpretativas, complementarias o ejecutivas de una Ley principal. Niegan la retroactividad de aquellas disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos las **Sentencias de 13 de Octubre de 1981, 10 de Enero de 1982 y 5 de Marzo de 1982**.

Sin embargo, el **Tribunal Constitucional, en doctrina reiterada (sentencias de 10 de abril de 1986 y 29 de noviembre de 1988)**, dulcifica o limita el alcance del principio de irretroactividad, señalando esta última sentencia que «no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas y cuyos efectos no se han consumado, pues una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas, ya que lo que prohíbe el artículo citado es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad», añadiendo también el **Tribunal Constitucional (sentencia de 4 de febrero de 1983)** que el «*principio de la irretroactividad no puede presentarse como defensa de una inadmisibles petrificación del Ordenamiento Jurídico*». Con rotunda claridad se pronuncia la **sentencia de 16 de julio de 1987**, al establecer que «*la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, y no a los pendientes, futuros y condicionados o a las expectativas*».

También el **Tribunal Supremo** limita el alcance del categórico pronunciamiento que realiza el artículo 2.3, distinguiendo, para ello, entre una derogación expresa y otra tácita de las normas, a los efectos establecidos en el citado artículo, por resultar ésta de la «*ratio o finalidad de la Ley*» (**Sentencia de 17 de mayo de 1984**).

Otras veces el **Tribunal Supremo** alude a una «*retroactividad débil o de primer grado*», como la **Sentencia de 11 de octubre de 1988**, que expresamente dice que «*el silencio de una norma en orden a su retroactividad, si bien, conforme al principio proclamado por el artículo 2.3 del Código Civil, impide su aplicación a hechos o relaciones que hubieran producido todos sus efectos bajo el imperio del anterior orden normativo, no siempre conduce a igual solución respecto de los efectos de dichas relaciones que se produjeran después de la entrada en vigor de la nueva regulación, pues la retroactividad débil o de primer grado puede venir impuesta, sin necesidad de mandato expreso en tal sentido, cuando así se derive del espíritu y finalidad de aquélla, en cuyo caso sus disposiciones habrán de entenderse aplicables a los tractos futuros de la relación en curso de ejecución*».

En el mismo sentido se pronuncia la **Sentencia de 23 de mayo de 1989**, que admite la retroactividad de la Ley no sólo cuando se manifieste expresamente en tal sentido, sino también cuando se «*pueda deducir del sentido de la Ley, resultando patente el propósito del legislador*», propósito que se presume en las «disposiciones aclaratorias o interpretativas de las leyes, en las que suplan lagunas legales y en las procesales» (**Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1988 y 9 de abril de 1992**, que dan una relación no exhaustiva, sino meramente enunciativa de leyes con efectos retroactivos).

Por tanto, el **Tribunal Constitucional** y el **Tribunal Supremo** admiten la aplicación retroactiva de las normas a hechos, actos o relaciones jurídicas nacidas al amparo de la legislación anterior, siempre que los efectos jurídicos de tales actos

no se hayan consumado o agotado y siempre, claro está, que no se perjudiquen derechos consolidados o situaciones beneficiosas para los particulares, infiriéndose, en estos casos, la retroactividad del sentido, el espíritu o la finalidad de la Ley. También la doctrina admite la retroactividad tácita de la Ley y, de este modo, Díez Picazo y Gullón se pronuncian a favor de la retroactividad de «*las normas interpretativas; las complementarias, de desarrollo o ejecutivas; las procesales, pero sólo en lo relativo a que los actos de ejercicio de derecho nacidos con anterioridad a aquéllas han de sujetarse a sus trámites y procedimientos; y, por último, las que pueden establecer regímenes uniformes o acabar con abusos o incomodidades*», añadiendo que «*el intérprete encontrará una orientación en las disposiciones transitorias del Código Civil*».

En tanto se pudiera producir un pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, por aplicación analógica de la propia Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, entendemos que a los expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2007 les será de aplicación las disposiciones de la Ley 30/2007 en su redacción original antes de las modificaciones introducidas por la referida Ley 34/2010, con la salvedad de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de ésta respecto tanto al recurso especial como a la cuestión de nulidad, que seguirán la transitoriedad marcada por la misma. A tales efectos, y tal como dice la propia Ley 30/2007 en la citada Disposición Transitoria Primera, deberemos entender que los expedientes han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria pública. Respecto a los procedimientos negociados sin publicidad el momento de inicio del expediente se considerará la fecha en la que han sido aprobados los pliegos.

Considerar la aplicación de las modificaciones introducidas por la citada norma en la Ley 30/2007 a los expedientes ya iniciados con anterioridad a su entrada en vigor iría contra el principio de seguridad jurídica.

A fecha de hoy, tan sólo se ha pronunciado sobre esta cuestión la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en el acuerdo 10/2010, por el que se informa a los órganos de contratación de las principales novedades introducidas en la ley de contratos del sector público por la ley 34/2010, de 5 de agosto, y que respecto a la cuestión del régimen transitorio de las modificaciones introducidas por la Ley 34/2010, mantiene la misma tesis que el Servicio de Asesoramiento y Asistencia a las EE.LL-Oficialía Mayor de la Diputación de Badajoz, afirmando lo siguiente:

5. Respecto a la aplicación de la Ley a los procedimientos en curso, la disposición transitoria tercera, relativa únicamente a los procedimientos de recurso y reclamación, indica que los que se encuentren iniciados a la entrada en vigor de la Ley continuarán tramitándose conforme a la normativa anterior. Asimismo, señala en su apartado 2 que, 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 LCSP, así como 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.

No se especifica, sin embargo, el régimen transitorio aplicable, respecto al resto del contenido de la Ley, para los expedientes en tramitación con anterioridad a su entrada en vigor. La LANC contiene tres disposiciones transitorias pero referidas exclusivamente al procedimiento de recurso, dejando una importante laguna en cuanto al régimen transitorio aplicable a las modificaciones operadas en el procedimiento de adjudicación de los contratos. Parece claro que la única interpretación viable es aplicar a esta modificación de la Ley el mismo criterio empleado en la disposición transitoria primera de la LCSP referida a los «Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en

vigor de esta Ley», que además es coincidente con el recogido en la disposición transitoria tercera apartado 1 de la modificación, referido a los procedimientos de recurso en curso, y con lo dispuesto en el artículo 2 del Código Civil apartados 2 y 3. Por tanto, los expedientes de contratación iniciados antes del 9 de septiembre de 2010 se regirán por la redacción dada a la LCSP en el texto de 30 de octubre de 2007. 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, hasta el 8 de septiembre de 2010 como fecha límite. En los procedimientos negociados sin publicidad el momento de inicio se considerará la fecha de aprobación de los pliegos.

En definitiva, y como **conclusión**, es criterio de este Servicio de Asesoramiento y Asistencia a las EE.LL-Oficialía Mayor que **a los expedientes iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 34/2007 (9 de septiembre de 2010) les será de aplicación las disposiciones de la Ley 30/2007 en su redacción original antes de las modificaciones introducidas por la referida Ley 34/2010**, con la salvedad de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera de ésta respecto tanto al recurso especial como a la cuestión de nulidad, que seguirán la transitoriedad marcada por la misma.

Badajoz, 20 de septiembre de 2010