

**EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO: NOVEDADES**

Pocos sectores de nuestro ordenamiento jurídico han sufrido tantas reformas en un plazo de tiempo tan corto como la Ley de Contratos del Sector Público¹. El necesario ajuste al derecho comunitario, el afán de sobrerregulación y sus consecuencias han obligado al legislador español a introducir tantas reformas de envergadura en dicha norma que se ha sentido la necesidad de, en solo cuatro años, acometer la elaboración y aprobación de un texto refundido que dote de mayor seguridad jurídica al mercado de la contratación pública. El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público nace así con voluntad compiladora y aclaratoria, objetivo éste último que sin embargo se ve oscurecido por la extensión del texto alumbrado.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP) integra en su seno todas las disposiciones vigentes en materia de contratación pública a salvo de los sectores tradicionalmente excluidos de la misma:

- Las normas sobre los llamados sectores especiales o excluidos, contenidas en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- Las normas que afectan a la contratación militar y a la que se realiza en el ámbito de la seguridad pública, contenidas en la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

¹ Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP.

El TRLCSP, por su parte, reenumera y reordena el texto de la extinta LCSP, e incluye en el mismo todas las novedades legislativas habidas desde su aprobación, con la única adición material consistente en incluir las previsiones legales que en materia de financiación privada de contratos públicos se encontraban dispersas en los artículos 253 a 260 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas² y en el artículo 38 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES).

La disposición final trigésimo segunda de la LES puso a cargo del Gobierno la elaboración de un texto refundido para regularizar, aclarar y armonizar la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público así como las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos.

La exposición de motivos del TRLCSP manifiesta que se ha procedido a ajustar la numeración de los artículos y, en consecuencia las remisiones y concordancias entre ellos, circunstancia ésta que se ha aprovechado, al amparo de la delegación legislativa, **para ajustar algunos errores padecidos en el texto original**. Igualmente, se ha procedido a **revisar la parte final de la Ley, eliminando disposiciones e incluyendo otras** motivadas por el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley 30/2007 y sus modificaciones. En efecto, son varias las novedades que pueden identificarse a lo largo de sus 334 artículos, 31 disposiciones adicionales, 8 disposiciones transitorias y 6 finales:

1.- Ampliación del concepto de Administración Pública a efectos de contratación.

Se incluyen en el artículo 3.2 – entes del sector público que tienen la consideración de Administración Pública – dos nuevos apartados f) y g) relativos respectivamente a los órganos constitucionales del Estado y los órganos legislativos y de control autonómicos, y a las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos de País Vasco.

2.- Contratación precomercial.

Se añade un apartado 1.r al artículo 4, de los negocios y contratos excluidos, relativo a los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado.

² Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en adelante TRLCAP.

En relación con esto, la disposición final quinta, bajo la rúbrica "Fomento de la contratación precomercial" establece que *"El Consejo de Ministros, mediante acuerdo, fijará dentro de los presupuestos de cada Departamento ministerial y de cada Organismo público vinculado con o dependiente de la Administración General del Estado, las cuantías necesariamente destinadas a la financiación de contratos a los que hace referencia el artículo 4.1. r) de esta Ley. Una parte de las mismas podrá reservarse a pequeñas y medianas empresas innovadoras"*.

3.- Ampliación del ámbito subjetivo del contrato de colaboración público-privada.

El artículo 11 amplía formalmente el ámbito subjetivo del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, limitado a las Administraciones Públicas, a las entidades públicas empresariales u organismos similares de las Comunidades Autónomas (aunque las entidades ahora ampliadas podían acudir sustantivamente a dicha figura contractual a través de sus instrucciones internas o al amparo del principio de libertad de pactos).

4.- Ejecución directa por la Administración.

Se suprime del artículo 24, relativo a la ejecución de obras y fabricación de bienes muebles por la Administración y ejecución de servicios con la colaboración de empresarios particulares, la letra i), que permitía la contratación con medios propios cuando concurriera una demora en el pago por parte de la Administración por un plazo superior al legalmente establecido o al inferior que se hubiera fijado en el contrato.

5.- La captación de financiación privada para la ejecución de los contratos públicos:

La LCSP optó por mantener transitoriamente la regulación que el TRLCAP realizaba de la financiación privada de las concesiones de obras públicas (la disposición derogatoria única de la LCSP mantuvo vigente los artículos 253 a 260 TRLCAP) y por emplazar al Gobierno para que en el plazo de un año sometiese al Congreso un proyecto de ley sobre el régimen de financiación de las concesiones de obras públicas y de los contratos de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado (disposición final décima LCSP).

En cumplimiento de tal previsión, el Gobierno presentó el 30 de octubre de 2009 el proyecto de ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas que, tras casi dos años de tramitación parlamentaria, no ha visto la luz.

Por ello, la LES introdujo -en sus artículos 37 y 38- el régimen de financiación de los contratos de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado y emplazó, como se dijo, al Gobierno, a aprobar un texto refundido en el

que se contuviera expresamente, el régimen de financiación de las concesiones de obras públicas y de tales contratos de colaboración.

Así, el TRLCSP contiene en el Título II del Libro IV el régimen jurídico aplicable a la financiación de los contratos de concesión de obras públicas y colaboración público-privada, y en la disposición adicional vigésimo novena las fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado y su régimen de financiación.

6.- Sucesión de empresas.

El TRLCSP modifica el régimen de sucesión de empresas – frente al establecido con carácter general en el artículo 73 bis LCSP, introducido por la LES - al exigir, en su art. 270, autorización administrativa previa en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad concesionaria, para que la entidad absorbente o resultante de la fusión pueda continuar con la **concesión** y autorización expresa del órgano de contratación en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas, para continuar el contrato de concesión con la entidad resultante o beneficiaria.

7. – El régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, de los contratistas, y de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas.

El artículo 214 TRLCSP delimita la responsabilidad de cada una de las partes en el contrato por los daños que pudieran derivarse de la ejecución o desenvolvimiento del mismo en los mismos términos que así lo hiciera el artículo 97 TRLCAP primero y el artículo 198 LCSP después.

Sin embargo, el TRLCSP contiene además una disposición adicional decimonovena, que bajo la rúbrica “Responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas”, establece que la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas **derivada de sus actuaciones en materia de contratación administrativa, tanto por daños causados a particulares como a la propia Administración**, se exigirá con arreglo a lo dispuesto en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (artículo 145), y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo , por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

El apartado 2 de la misma disposición adicional establece que **la infracción o aplicación indebida de los preceptos contenidos en dicha norma** por parte del personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando mediare al menos negligencia grave, **constituirá falta muy grave cuya responsabilidad disciplinaria se exigirá conforme a la normativa específica en la materia.**

8.- Contratación con empresas de trabajo temporal.

Desaparece, en el TRLCSP la limitación contenida en la DA5ª LCSP y relativa a los **contratos de servicios con ETT**, que solo podían celebrarse por un plazo máximo de seis meses sin posibilidad de prórroga y **solo** cuando fuera precisa la puesta a disposición de personal con carácter eventual para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos, con la advertencia de que en dichos contratos, vencido su plazo de duración, no podría producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, hubieran realizado los trabajos que constituyan su objeto, sin que fuera de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

9.- Cesión de los contratos.

El artículo 226 TRLCSP, relativo a la cesión de los contratos, ha introducido como novedad frente a la LCSP, un inciso en el que se advierte que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero "(...) siempre que (...) de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado", de acuerdo con la doctrina del TJCE³.

10.- Medios electrónicos, informáticos y telemáticos.

La DF4ª TRLCSP autoriza al Ministro de Economía y Hacienda para aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las normas de desarrollo de la DA16ª que puedan ser necesarias para hacer plenamente efectivo el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos en los procedimientos regulados en el TRLCSP y para definir mediante Orden las especificaciones técnicas de las comunicaciones de datos que deban efectuarse en cumplimiento del TRLCSP y establecerá los modelos que deban utilizarse; y remite al Consejo de Ministros la adopción de las medidas necesarias para facilitar la emisión de facturas electrónicas.

11.- Entrada en vigor.

La DF única del Real Decreto Legislativo 3/2011 determina que tanto éste como el Texto Refundido que se aprueba entrarán en vigor al mes de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

12.- Otras novedades:

- El TRLCSP sustituye todas las referencias al momento de adjudicación a la formalización – al ser ésta la que produce la perfección del contrato –, homogeniza

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06 [presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund)]

los términos “importe” y “presupuesto” y los refiere al “valor estimado”, y se excluye de dicha noción el importe del IVA.

- Se incluye, en el art. 20.2, sobre contratos privados, una referencia a la aplicación a éstos de las reglas contenidas en el Título V del Libro I, sobre modificación de los contratos.

- Se consolida la regla de que no son susceptibles de recurso especial los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación (art. 40.2 TRLCSP).

- El TRLCSP impulsa con mayor vigor la contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro (DA4ª TRLCSP, más extensa e intensa que la redacción contenida en la DA6ª LCSP).

- Otorga un mayor protagonismo a la garantía de accesibilidad para personas con discapacidad (DA18ª TRLCSP) frente a la regulación que de la misma introdujo en la LCSP (mediante la creación de un nuevo artículo 70 bis LCSP), el artículo 18 de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)