

## **La reforma constante de la legislación en materia de contratación pública: normas superpuestas y caos regulatorio**

*En los últimos meses son múltiples las normas que, de manera indirecta y tangencial, introducen cambios sustantivos en materia de contratación pública. Estas reformas se agravan al evidenciar que la legislación actualmente vigente está sometida a una revisión profunda de carácter imperativo, pues antes de abril de 2016 debe haberse transpuesto la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública. Ello no obstante el legislador estatal ha continuado introduciendo novedades y reformas que dificultan el conocimiento y la aplicación de las normas reguladoras de un sector que representa más del 20% del PIB de la Unión Europea.*

### **Grupo de Contratos del Sector Público**

*Gómez-Acebo & Pombo Abogados*

---

Las reformas emprendidas por el Gobierno en materia de contratación pública, lejos de cesar, se han intensificado en los últimos meses. Tras la aprobación de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española<sup>1</sup>, en vigor 1 de abril de 2015<sup>2</sup>, son muchas las normas que han venido a alterar de manera sustancial, la regulación en la materia:

- 1.** La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social añade tres nuevos párrafos al artículo 327 TRLCSP.

La reforma radica en permitir que los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que opten por no llevar su propio Registro independiente de licitadores y empresas clasificadas practiquen las inscripciones de oficio de las prohibiciones de contratar en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, previa suscripción de un convenio a tal efecto con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

- 2.** El artículo 4 Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, modifica la disposición adicional quinta del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, para permitir la reserva de la participación en procedimientos de adjudicación de contratos a las empresas de inserción.
- 3.** El Real Decreto-ley 10/2015, de 11 de septiembre, por el que se conceden créditos extraordinarios y suplementos de crédito en el presupuesto del Estado y se adoptan otras medidas en materia de empleo público y de estímulo a la economía afecta, también, el TRLCSP, pues su artículo 12 modifica el apartado 1 del artículo 75, relativo a la solvencia económica y financiera del empresario.

---

<sup>1</sup> Sobre la que se dedicó el número 55 del GCSP.

<sup>2</sup> Deroga los artículos 90, 91, y 92. Modifica los artículos 47.5; 89; 131.1.d); 133.1; 255.3. Modifica la rúbrica del Capítulo II del Título III del Libro I. han sido muchas

La reforma afecta a la regulación de los medios de acreditación que podrán emplearse, siempre a elección del órgano de contratación (volumen anual de negocios (apartado a), justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación (apartado b) y patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico (apartado c)<sup>3</sup>.

4. La disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público<sup>4</sup> ha vuelto a modificar varios preceptos del TRLCSP, siendo las reformas de mayor envergadura las que afectan a dos materias concretas: las prohibiciones para contratar y el régimen jurídico del contrato de concesión de obras públicas.

En cuanto a las **prohibiciones para contratar**, la Ley 40/2015 modifica los artículos 60<sup>5</sup> y 61 TRLCSP e introduce un nuevo artículo 61 bis. Elimina la distinción entre prohibiciones para contratar entre el Sector Público y las Administraciones Públicas y hace desaparecer esta última categoría. Suprime el apartado 2.b) del artículo 60 y en su lugar incluye una nueva prohibición para contratar consistente en haber dejado de formalizar el contrato adjudicado a su favor (en los plazos previstos en el artículo 156.3) por causa imputable al adjudicatario.

El nuevo artículo 61 bis versa sobre los efectos de la declaración del concurso de una prohibición para contratar, efectos respecto de los que admite diversos ámbitos funcionales (la prohibición para contratar puede afectar al ámbito del órgano de contratación o extenderse al sector público en el que dicho órgano se integre<sup>6</sup>), territoriales (una o varias Comunidades Autónomas o la totalidad del territorio nacional) y temporales (pues unas producen efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquélla o ésta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición y en otros supuestos los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente).

En materia de **concesiones de obras públicas**, la Ley 40/2015 modifica los artículos 150.2 – añade un último párrafo al respecto –, 254, 256 y 261, e introduce dos nuevos artículos **271 bis** y **271 ter** en el TRLCSP.

Las modificaciones operadas en los artículos 254, 256 y 261 TRLCSP obedecen al interés del legislador en reformar el *régimen económico-financiero de las concesiones*, a cuyo fin modifica el régimen de aportaciones públicas a la construcción y garantía de financiación (i) y el régimen de aportaciones públicas a la explotación (ii) y el *régimen de financiación privada de la concesión* (iii).

- (i) En el artículo 254 se introducen dos nuevos apartados (3 y 4) en los que se establece que todas las aportaciones públicas han de estar previstas en el pliego de condiciones determinándose su cuantía en el procedimiento de adjudicación y no podrán incrementarse con posterioridad a la

<sup>3</sup> Como medio adicional a los previstos en las letras anteriores de este apartado, el órgano de contratación podrá exigir que el periodo medio de pago a proveedores del empresario, siempre que se trate de una sociedad que no pueda presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, no supere el límite que a estos efectos se establezca por Orden del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas teniendo en cuenta la normativa sobre morosidad.

<sup>4</sup> De conformidad con el apartado 1 de la disposición final decimoctava de la Ley 40/2015, los puntos uno a once de la disposición final novena, de modificación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre entrarán en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, y el punto doce de la misma disposición final novena, entrará en vigor a los seis meses de la citada publicación en el Boletín Oficial del Estado.

<sup>5</sup> Modifica, además el alcance de varias prohibiciones para contratar, como las derivadas de condena por sentencia penal firme, del incumplimiento de obligaciones tributarias o con la Seguridad Social o la que es consecuencia del incumplimiento de la reserva de puestos de trabajo a favor de personas con discapacidad.

<sup>6</sup> En el caso del sector público estatal, la extensión de efectos corresponderá al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado

adjudicación del contrato y que el mismo régimen establecido para las aportaciones será aplicable a cualquier tipo de garantía, avales y otras medidas de apoyo a la financiación del concesionario que, en todo caso, tendrán que estar previstas en los pliegos.

- (ii) En el artículo 256 se incluye un párrafo en el que se especifica que las aportaciones que las Administraciones Públicas puedan otorgar a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de la obra, *tendrán que estar previstas en el pliego de condiciones y no podrán incrementarse con posterioridad a la adjudicación del contrato*, sin perjuicio del reequilibrio previsto en el artículo 258.
- (iii) Se añade un apartado 3 al artículo 261 para señalar que los derechos derivados de la resolución de un contrato de concesión de obra o de gestión de servicio público a que se refieren los primeros apartados de los artículos 271 y 288, así como los derivados de las aportaciones públicas y de la ejecución de garantías establecidos en los artículos 254 y 256, *sólo podrán pignorar en garantía de deudas que guarden relación con la concesión o el contrato*, previa autorización del órgano de contratación, que deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales.

El nuevo *artículo 291 bis* regula un nuevo proceso de adjudicación para aquellos casos en los que se produzca una resolución del contrato de concesión de obras públicas que obedezca a causas no imputables a la Administración. Este procedimiento se caracteriza por:

- la licitación se realizará mediante subasta al alza siendo el único criterio de adjudicación el precio.
- si quedara desierta la primera licitación, se convocará una nueva licitación en el plazo máximo de un mes, siendo el tipo de licitación el 50 % de la primera y
- si el adjudicatario de la licitación no abonara el importe de ésta en el plazo de dos meses desde que se haya adjudicado la concesión, la adjudicación quedará sin efecto, adjudicándose al siguiente licitador por orden o, en el caso de no haber más licitadores, declarando la licitación desierta.

Para la convocatoria de la licitación basta con que se haya incoado el expediente de resolución, si bien no podrá adjudicarse hasta que éste no haya concluido, no pudiendo transcurrir entre la resolución de la concesión y la apertura de las ofertas de la primera licitación, un plazo superior a tres meses.

El apartado 2 del artículo 261 bis versa sobre el valor de la concesión<sup>7</sup> y dispone que la Administración abonará al primitivo concesionario dicho valor en un plazo de tres meses desde que se haya realizado la adjudicación de la licitación o desde que la segunda licitación haya quedado desierta; así como que el nuevo concesionario se subrogará en la posición del primitivo quedando obligado a la realización de las actuaciones vinculadas a las subvenciones de capital percibidas cuando no se haya cumplido la finalidad para la que se concedió<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Prevé que el valor de la concesión sea el que resulte de la adjudicación de las licitaciones y en el caso de que la segunda licitación quedara desierta, determina que el valor de la concesión será el tipo de ésta, sin perjuicio de la posibilidad de presentar por el concesionario originario o acreedores titulares al menos de un 5 % del pasivo exigible de la concesionaria, en el plazo máximo de tres meses a contar desde que quedó desierta, un nuevo comprador que abone al menos el citado tipo de licitación, en cuyo caso el valor de la concesión será el importe abonado por el nuevo comprador.

<sup>8</sup> El contrato resultante de la licitación tendrá en todo caso la naturaleza de contrato de concesión de obra pública, siendo las condiciones del mismo las establecidas en el contrato primitivo resuelto, incluyendo el plazo de duración.

El *nuevo artículo 271 ter* establece las reglas para la fijación del tipo de la primera licitación al que se refiere el artículo 271 bis, y establece al respecto lo siguiente:

- a) El tipo se determinará en función de los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria, por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, actualizados al tipo de descuento del interés de las obligaciones del Tesoro a diez años incrementado en 300 puntos básicos<sup>9</sup>.
- b) El instrumento de deuda que sirve de base al cálculo de la rentabilidad razonable y el diferencial citados podrán ser modificados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe de la Oficina Nacional de Evaluación, para adaptarlo a las condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público.
- c) Los flujos netos de caja futuros se cuantificarán en la media aritmética de los flujos de caja obtenidos por la entidad durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación. En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último sin incorporación de actualización de precios en función de la inflación futura estimada.
- d) El valor de los flujos de caja será el que el Plan General de Contabilidad establece en el Estado de Flujos de Efectivo como Flujos de Efectivo de las Actividades de Explotación sin computar en ningún caso los pagos y cobros de intereses, los cobros de dividendos y los cobros o pagos por impuesto sobre beneficios.
- e) Si la resolución del contrato se produjera antes de la terminación de la construcción de la infraestructura, el tipo de la licitación será el 70 % del importe equivalente a la inversión ejecutada<sup>10</sup>. De dicho importe se deducirá el correspondiente a las subvenciones de capital percibidas por el beneficiario, cuya finalidad no se haya cumplido.

---

<sup>9</sup> Se tomará como referencia para el cálculo de dicho rendimiento medio los últimos datos disponibles publicados por el Banco de España en el Boletín del Mercado de Deuda Pública.

<sup>10</sup> A estos efectos se entenderá por inversión ejecutada el importe que figure en las últimas cuentas anuales aprobadas incrementadas en la cantidad resultante de las certificaciones cursadas desde el cierre del ejercicio de las últimas cuentas aprobadas hasta el momento de la resolución.

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 y Pilar Cuesta de Loño.

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

© 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.