

**UNA APROXIMACIÓN AL DECRETO LEGISLATIVO
3/2011, DE 14 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE
APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE
CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

José Antonio Moreno Molina, Catedrático de Derecho Administrativo de
la UCLM y Director de la Revista "Contratación Administrativa Práctica"

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, ha aprobado el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), cuya entrada en vigor se producirá el 16 de diciembre de 2011, al mes de la publicación del TRLCSP en el BOE.

El TRLCAP consta de 334 artículos distribuidos en 5 libros, por lo que se vuelve al mismo esquema del texto original de la LCSP, eliminando el Libro VI que introdujo la Ley 34/2010 para dedicarlo al “régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y los medios alternativos de resolución de conflictos”, disposiciones que se llevan ahora al Libro I del texto refundido¹.

Asimismo, el TRLCSP incluye 31 disposiciones adicionales, 8 transitorias, 6 finales y 3 anexos.

La nueva norma integra y ordena en un texto único las disposiciones de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), con las sucesivas leyes que la han modificado; así como las normas sobre la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos contenidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (los únicos preceptos de esta norma que seguían vigentes) y en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible².

Sin embargo, mantiene como regulación separada la de 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 y la de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, mediante la cual se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2009/81/CE.

La razón de ser de la aprobación del TRLCSP se encuentra en la disposición final 32 de la Ley de Economía Sostenible, que autorizó al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la misma, un texto refundido en el que se integrasen, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la LCSP, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con

¹ A pesar de que en sus observaciones al proyecto de TRLCSP, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales no se mostró de acuerdo con la nueva ubicación dada al recurso especial en materia de contratación y propuso su inclusión a continuación de los procedimientos de adjudicación (siguiendo de este modo la sistemática de la Ley 30/1992 y de las leyes de enjuiciamiento), en su dictamen sobre el Proyecto de TRLCSP, el Consejo de Estado concluye que “si bien el razonamiento del Tribunal tiene un sentido sistemático claro, tampoco cabe oponerse a la opción de situar estas reglas dentro de las generales del Título I de la LCSP, concretamente cerrando el Capítulo V relativo a la regulación genérica del “régimen de invalidez” de los contratos públicos” (dictamen 1748/2011, de 2 de noviembre).

² La disposición derogatoria única del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, declara derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan al TRLCSP y, en particular, la LCSP; el Capítulo IV del Título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive, del TRLCAP; la disposición adicional séptima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del contrato de Concesión de Obras Públicas; el artículo 16 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público y los artículos 37 y 38 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible

rango de ley, incluidas las relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos.

La habilitación respondía a indudables exigencias del principio de seguridad jurídica, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en su dictamen de 29 de abril de 2010, al recomendar la introducción, en el texto del anteproyecto de modificación de la LCSP, sometido a dictamen, de una disposición final que habilitara al gobierno para la realización de un texto refundido, con el alcance que se estimara por conveniente.

De esta forma, el TRLCSP ha procedido a ajustar la numeración de los artículos y, en consecuencia, las remisiones y concordancias entre ellos, circunstancia ésta que la norma ha aprovechado, al amparo de la delegación legislativa, para ajustar algunos errores padecidos en el texto original. Igualmente, se ha revisado la parte final de la LCSP, eliminando disposiciones e incluyendo otras.

De especial trascendencia por su alcance para la contratación pública, cabe resaltarse que el TRLCSP ha añadido en su artículo 22 un nuevo apartado 2 con el contenido del artículo 37.1 de la Ley 2/2011, referido a la eficiencia en la contratación³ y ha modificado el título en consecuencia, que pasa a ser “Necesidad, idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación”.

Así, se dispone que los “entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley”.

La importancia del principio de eficiencia ha sido resaltada por el “Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente” (COM 2011, 15 final).

Hay que recordar que desde su aprobación en octubre de 2007, la LCSP había sido objeto de numerosas reformas motivadas por sus propias deficiencias⁴ y por las insuficiencias en la trasposición del Derecho de la Unión Europea en la materia⁵, unidas

³ Véase al respecto GIMENO FELIÚ, J.M., “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación Pública”, REDA núm. 147, 2010, págs. 517 y ss.

⁴ Véase GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona, 2010 y “La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz...”, *op. cit.*, págs. 518 y ss.

⁵ MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, *El Derecho de los Contratos del Sector Público*, monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública (GIMENO FELIÚ, J.M., ed.), 2008, págs. 49 a 86.

a las nuevas exigencias comunitarias⁶ y a las medidas adoptadas por el Parlamento y el Gobierno españoles para reaccionar frente a la crisis económica⁷.

Entre estas últimas se encuentran el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; y el Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas.

Por otra parte, la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, añadió un nuevo apartado 4 al artículo 83 de la LCSP (artículo 95 del TRLCSP).

Mayor importancia tuvo la reforma de la LCSP llevada a cabo por 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.

Con la misma influencia europea, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la LCSP, 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, y la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), pretendió adecuar el ordenamiento español a las exigencias de la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, que modifica sustancialmente las anteriores Directivas comunitarias 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 a los que celebren las entidades contratantes en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible también llevó a cabo una trascendente reforma de la LCSP, principalmente en relación con el régimen jurídico de las modificaciones de los contratos. La LES introdujo así un nuevo Título V en el Libro I de la LCSP (que se ha mantenido en la misma ubicación por el TRLCSP, si bien ahora los artículos van del 105 al 108), con la rúbrica genérica de “Modificación de los contratos”, que resulta aplicable a todos los contratos del sector público, superando la limitada aplicación a las Administraciones públicas de la regulación anterior de las modificaciones en el Libro IV de la LCSP.

⁶ Entre ellas, cabe destacar la aprobación de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, en materia de recursos; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, en lo que se refiere a las modificaciones de los contratos; y la actualización de las cuantías recogidas de la Directiva 2004/18/CE llevada a cabo por el Reglamento (CE) nº 1422/2007 de la Comisión, de 4 de diciembre de 2007 y por el Reglamento 1177/2009, de 30 de noviembre de 2009.

⁷ Acerca de la utilización por los Gobiernos de la compra pública, especialmente los contratos de obras, como una de las vías claves para reactivar la economía en una época de crisis económica como la que actualmente vivimos, véase GIMENO FELIÚ, J.M., “Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, enero 2010 y ORTEGA ALVAREZ, L., “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, *Revista Electrónica CEMCI* nº 3 (2009), págs. 2 y ss.

Otra norma que reformó la LCSP fue la Ley 24/2011 de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, que incorpora al ordenamiento jurídico español las normas de la Directiva de la Unión Europea 2009/81/CE. Así, la Ley 24/2011 aborda el problema del impago a los subcontratistas por parte del contratista principal, excluyendo de forma expresa la acción directa del subcontratista frente al órgano de contratación (nuevo apartado 8 del artículo 210 de la LCSP, que ha pasado a ser el artículo 227 del TRLCSP). Por otra parte, la Ley 24/2011 dio una nueva redacción al artículo 102, apartado 2 (se trata del artículo 118 del TRLCSP), en relación con las penalidades para el caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución del contrato.

Por último, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, añadió un nuevo artículo 70 bis a la LCSP, que ha sido recogido como la disposición adicional 4 del TRLCSP, para prever que los órganos de contratación ponderarán, en los supuestos en que ello sea obligatorio, que los licitadores cumplan lo dispuesto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, relativo a la obligación de contar con un dos por ciento de trabajadores con discapacidad o adoptar las medidas alternativas correspondientes.

De acuerdo con la autorización dada al Gobierno por la disposición final 32 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, el TRLCSP integra en su texto las disposiciones vigentes relativas a la captación de financiación privada para la ejecución de contratos públicos⁸.

En primer lugar, en materia de contrato de concesión de obras públicas, pasan al TRLCSP las disposiciones sobre financiación contenidas en el todavía vigente Capítulo IV del Título V del Libro II, comprensivo de los artículos 253 a 260, ambos inclusive, del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que por esta disposición se deroga en su totalidad.

Pues bien, estos artículos del TRLCAP han pasado a ser los nuevos artículos 259 a 265 del TRLCSP.

En la disposición final décima de la LCSP, que ha suprimido ahora el TRLCAP, podíamos encontrar el motivo por el que el legislador mantuvo vigentes estos preceptos del TRLCAP. En esta disposición se contemplaba el siguiente mandato de presentación de un proyecto normativo:

"En el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá al Congreso de los Diputados un proyecto de Ley en el que regulen las modalidades de captación de financiación en los mercados por los

⁸ Véase en general sobre las mismas BERNAL BLAY, M.A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*, Civitas, Cizur Menor, 2010.

concesionarios de obras públicas o por los titulares de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, así como el régimen de garantías que puede aplicarse a dicha financiación".

Si bien de forma tardía se tramitó en el Congreso el Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas⁹, cuyo anteproyecto fue preparado en el seno de la Dirección General del Patrimonio del Estado por un Grupo de Trabajo en el que han participado representantes de los Ministerios de Justicia, Fomento, Defensa y Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, y de las Direcciones Generales del Tesoro y Política Financiera y de Política Económica.

El texto, que proponía un régimen jurídico bastante semejante al ya existente, constaba de trece artículos estructurados en dos títulos, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales. Sin embargo con la disolución de las Cámaras con motivo de la celebración de elecciones generales en noviembre de 2011 el Proyecto de Ley decayó.

Es importante destacar que el artículo 21 del TRLCSP recoge ahora en su nuevo apartado el contenido del artículo 260 del TRLCAP, al establecer que el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se susciten por aplicación de los preceptos contenidos en la sección 4ª del Capítulo II del Título II del Libro IV del TRLCSP "será competencia del orden jurisdiccional civil, salvo para las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas que, con arreglo a lo dispuesto en dichos preceptos, se atribuyen a la Administración concedente, y en las que será competente el orden jurisdiccional contencioso-administrativo".

Por otra parte, para el contrato de colaboración público-privada se han incluido en el texto del TRLCSP las previsiones contenidas en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, incluyendo las relativas a la colaboración público-privada bajo fórmulas institucionales.

En efecto, la LES añadió una nueva disposición adicional 35 a la LCSP, que comprende el régimen de adjudicación de esta modalidad, con el objetivo de posibilitar la adjudicación directa a una sociedad de economía mixta, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las determinaciones establecidas en la Ley de Contratos y con el contenido mínimo de los pliegos, que asimismo regula.

Esta disposición ha pasado a ser la adicional 29 del TRLCSP, lo que no se termina de entender puesto que en aras de la claridad y seguridad jurídicas a las que repetidamente invoca el texto refundido podría haberse introducido mejor esta regulación en el articulado dedicado al contrato de colaboración público-privada¹⁰.

La introducción de todas estas reformas normativas comentadas en el TRLCSP ha obligado a realizar muchos ajustes en la numeración de los 334 artículos que lo integran y, por lo tanto, las remisiones y concordancias entre ellos.

⁹ El Proyecto de Ley se publicó en el BOCG núm. A-47-1, de 13 de noviembre de 2009.

¹⁰ En este sentido se pronunció también el informe de la Abogacía General del Estado sobre el TRLCAP, como recoge el Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de TRLCAP, nº 1748/2011, de 3 de noviembre de 2011, p. 25.

Entre las modificaciones técnicas y de mejora de la redacción de los preceptos que introduce el TRLCSP, cabe destacar las que se refieren a actualizaciones de normas (por ejemplo, para referirse al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en los artículos 4, 13 o 170; o para actualizar la normativa de impacto ambiental en el artículo 60.1.c) y a la aclaración del valor de los contratos en los artículos 103 (en relación con la garantía provisional, precisándose ahora en su apartado 2 -frente al anterior 91.2 de la LCSP- que en su importe, que no podrá ser superior a un 3 por 100 del presupuesto del contrato, debe considerarse excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido) o la adicional segunda (en cuyo apartado 14 se especifica que para determinar el importe de los contratos regulados en esta disposición a los efectos de determinar la competencia de los diferentes órganos se incluirá en el mismo el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido).

El TRLCSP incluye 31 disposiciones adicionales, frente a las 35 de la LCSP. En concreto, ha eliminado de la LCSP la adicional 5 (límites a la contratación con empresas de trabajo temporal) y la 26 (Pliegos de cláusulas administrativas para la contratación de medios para la lucha contra los incendios forestales); y ha incorporado al texto del TRLCSP la disposición adicional 30 (régimen de los órganos competentes para resolver los recursos de la Administración General del Estado y Entidades Contratantes adscritas a ella, que era la adicional 3 de la Ley 34/2010) y la 31 (autorización del Consejo de Ministros en concesiones de autopistas de peaje, que era la adicional 7.2 de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas).

Además, de forma acertada se trasladan al artículo 3 de la Ley, que regula el decisivo ámbito subjetivo del TRLCAP, las previsiones de las disposiciones adicionales 3, primer párrafo (en la redacción de Ley 34/2010) y 33.

De esta manera se recoge expresamente en el artículo 3 del TRLCSP la consideración como Administraciones públicas a efectos de la norma de los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Consejo General del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en lo que respecta a su actividad de contratación; y a las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación¹¹.

Sin embargo, con este mismo criterio de traslado de cuestiones abordadas en las numerosas disposiciones adicionales al texto del TRLCSP, hubiera sido conveniente que también se llevaran al mismo regulaciones de contenido de alcance tan general como el cómputo de plazos (adicional 12 del TRLCSP) o las normas relativas a los medios de comunicación utilizables y a la utilización de medio electrónicos en los procedimientos de contratación (adicionales 15 y 16 del TRLCSP).

¹¹ Letras f y g) del artículo 3.2 del TRLCSP.