La contratación pública en tiempos de crisis económica: medidas, proyectos, reformas[1]

Xavier Padrós Castillón
Director General de Contratación Pública de la Generalitat de Catalunya.
Profesor asociado del Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona

Algunos datos
1. La solvencia empresarial
2. El acceso a las adjudicaciones
2.1. Reducción de costes derivados de la participación en procesos de contratación
2.2. Remoción de obstáculos de acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYME) a las licitaciones públicas
2.3. Demoras en los procesos de adjudicación
3. La ejecución de los contratos
3.1. Las modificaciones contractuales
3.2. Las revisiones de precios
3.3. La morosidad en el pago
3.4. La insolvencia empresarial y sus efectos en la contratación pública
3.5. Incumplimiento de los plazos parciales de los contratos: ¿penalidades o resolución?
3.6. Crisis y subcontratación
4. Contratación local e impulso de la economía
5. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: ¿un contrato para tiempos de crisis?

Algunos datos

El fenómeno de la crisis económica está repercutiendo en los últimos tiempos de una forma muy notable en todos los ámbitos, y la contratación pública no escapa a esta situación. Tanto desde la perspectiva de los poderes públicos, a menudo sometidos a fuertes restricciones presupuestarias y, por ello, con menor capacidad de inversión, como desde el punto de vista de las empresas, cada vez con mayores dificultades de orden financiero y, en consecuencia, con obstáculos más

1. Este artículo tiene su origen en mi intervención en el curso sobre "Los gobiernos locales hoy: proyectos e interrogantes", organizado en Barcelona en el marco de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo el día 23 de noviembre de 2009. No obstante, los contenidos de la ponencia inicial han sido objeto de una revisión en profundidad, y sus datos han sido actualizados a fecha 16 de abril de 2010.

serios para acceder a las licitaciones, la contratación pública está experimentando tensiones y acumulando problemas a los que el actual marco normativo, concebido fundamentalmente bajo una óptica de normalidad del ciclo económico, difícilmente puede dar respuesta.

Ciertamente la mayoría de los problemas detectados son comunes a todas las Administraciones Públicas y a buena parte de las empresas, pero ni las primeras muestran idénticos comportamientos en materia de contratación, ni las barreras a superar por estas últimas para el acceso a las licitaciones públicas se plantean en los mismos términos. Por ello, antes de analizar algunos de los aspectos de la contratación en los que resulta más evidente la crisis económica y de valorar las posibles soluciones que se vienen apuntando, conviene aportar algunos datos que permitan conocer mejor el contexto de la situación.

Resulta pertinente en este sentido hacer una primera referencia a una información reciente del Ministerio de Fomento, según la cual el importe total de la licitación oficial de todas las Administraciones Públicas en la construcción fue, en el año 2009, de 35.435,7 millones de euros, cifra que significa un 8% menos que la del año anterior y que es inferior igualmente, en un 2,1%, a la media del periodo 2004-2009.[1]

La caída de la licitación oficial de la obra pública en el conjunto del Estado convive, sin embargo, con otros datos de interés. Si de la perspectiva estatal pasamos al ámbito autonómico y examinamos, por ejemplo, los datos que ofrece el Registro Electrónico de Empresas Licitadoras de la Generalitat de Cataluña, entre 2008 y 2009 se observa un incremento significativo, del 31,19%, de las empresas inscritas (1.664, en diciembre de 2008, frente a 2.183 en diciembre de 2009). Hay que recordar que se trata de un Registro al que acuden voluntariamente las empresas licitadoras para depositar la documentación general de constitución y configuración jurídica de la empresa, de capacidad y de solvencia económica y financiera, técnica y profesional, y al que se ha adherido ya un número notable de entidades de la Administración local de Cataluña.

La referencia obligada a otro de los Registros de que dispone una Comunidad Autónoma como Cataluña, que ejerce desde 1997 competencias de clasificación empresarial, no es menos relevante: el incremento entre el número de empresas clasificadas a 31 de diciembre de 2008 (938) y el número de empresas clasificadas a 31 de diciembre de 2009 (1.274) es aquí del 35,82%, con una distribución del

1. *Vid.* Ministerio de Fomento. Series mensuales de licitación oficial de la construcción. Enero de 2010.

censo de empresas de obras y de empresas de servicios prácticamente del orden del 50%.

Por otra parte, y desde la perspectiva empresarial, a pesar de que los datos expuestos sobre los Registros de licitadores y de empresas clasificadas muestran una clara tendencia a querer participar en la contratación pública –el "efecto llamada" suele ser típico en situaciones de crisis–, no es menos cierto que esos datos conviven con otros ciertamente alarmantes sobre la situación que viven muchas empresas. Según el Instituto Nacional de Estadística, el número de deudores concursados aumentó un 79,6% en 2009 respecto a 2008 y se acercó en toda España a los 6.000. Cataluña (con 1.413), la Comunidad de Madrid (con 878) y la Comunidad Valenciana (con 808) lideran el ranking por Comunidades Autónomas, y la construcción y la promoción inmobiliaria, la industria y el comercio, con un 75%, son los sectores más afectados por las insolvencias. Por último, y por tipo de empresa, la mayor parte de las concursadas en 2009 se concentraron en el tramo más bajo de volumen de negocio (menos de 2 millones de euros). En concreto, en dicho tramo se encontraron la totalidad de las personas físicas con actividad empresarial, el 65,6% de las sociedades de responsabilidad limitada y el 39,8% de las sociedades anónimas.[2]

Sin duda estos datos son especialmente preocupantes, entre otros motivos porque, de acuerdo con la información facilitada por el Colegio de Registradores de España,[3] más del 90% de las empresas que presentan concurso acaban en liquidación.

Aunque, de ordinario, el foco de interés de la crisis económica en relación con la contratación pública se suele situar en la ejecución de los contratos, el fenómeno es ciertamente complejo y afecta, con mayor o menor intensidad, a todas las fases del ciclo contractual. Por ello, en la exposición que sigue a continuación intentaremos abordar diferentes aspectos o problemas vinculados a la preparación del contrato, a la selección del contratista y al proceso específico de adjudicación y, por descontado, a la ejecución de los contratos.

1. La solvencia empresarial

El nuevo régimen de clasificación empresarial de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), que se prevé con carácter in-

2. Instituto Nacional de Estadística. Estadística del procedimiento concursal. Año 2009.
3. Colegio de Registradores de España. Estadística Mercantil. Año 2009.

definido, obliga a la justificación del mantenimiento de la solvencia económica y financiera cada año por parte de las empresas, y a la de la solvencia técnica y profesional cada tres años.[4]

Aunque el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la LCSP, no ha sido muy preciso en este punto y sólo ha desarrollado la verificación del mantenimiento de la solvencia económica y financiera, el sistema funciona de manera que las empresas han de formular ante el órgano competente para la tramitación de los expedientes de clasificación (la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal o las Juntas autonómicas que ejercen competencias de clasificación) una declaración responsable antes del 1 de septiembre de cada año.[5] La no presentación de la declaración en plazo obliga a requerir las cuentas a las empresas.

En todo caso, la falta de acreditación de la presentación de las cuentas en el Registro Mercantil o en el Registro oficial correspondiente, o la del seguro de indemnización de riesgos mercantiles y/o la apreciación de la insuficiencia de la solvencia acreditada, implican el inicio del expediente de revisión de oficio de la clasificación por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa correspondiente. En términos generales, pueden pasar básicamente dos cosas: que la eventual disminución de solvencia afecte a la pérdida de categoría o categorías concedidas, o bien que pueda llegar a afectar al conjunto de la clasificación, con pérdida de la misma si, por ejemplo, en el caso de una sociedad, su balance de las cuentas anuales aprobadas y presentadas en el Registro Mercantil, correspondientes al último ejercicio finalizado, presenta un patrimonio neto inferior a la mitad de su capital social.

Hasta ahora, los datos de los que se dispone no son significativos, pero muy probablemente la estadística de disminución de solvencia o de pérdida de clasificación, que conoceremos a partir del mes de septiembre de este año 2010, podrá ofrecer mayor interés, puesto que un importante volumen de empresas habrá debido presentar ya sus declaraciones.

En otro orden de consideraciones, pero también en relación con aspectos de solvencia, la exigencia de clasificación empresarial en algunos procedimientos contractuales está planteando algunas cuestiones. Nos referimos a la exigencia de clasificación empresarial en los Acuerdos Marco con carácter general.

---

4. Artículo 59.2 de la LCSP.

5. O antes del inicio del noveno mes posterior a la fecha de cierre del ejercicio, si éste no coincide con el año natural (artículo 2.4 del Real Decreto 817/2009).

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

Como es sabido, el artículo 181.1 de la LCSP señala que, para la celebración de un Acuerdo Marco, se seguirán las normas de procedimiento establecidas en el Libro II (es decir, en los artículos 93 a 121) y en el Capítulo I del Título I del Libro III (es decir, en los artículos 122 a 172) de la LCSP. Entre esos preceptos de aplicación figura el artículo 130, que regula la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos, y como documentación que ha de acompañar a las proposiciones se incluye la que acredite la clasificación de la empresa.

En base a estas previsiones, se viene exigiendo en los Acuerdos Marco que promueven las diferentes Administraciones Públicas el requisito de clasificación, salvo cuando, habiéndose previsto lotes en el Acuerdo, por razón del presupuesto de dichos lotes, no se superen los umbrales de clasificación exigidos por la LCSP. Por supuesto, esta exigencia se complementa con la de exigir igualmente la clasificación en los contratos derivados de esos Acuerdos Marco en que, por la misma razón (el presupuesto de dicho contrato), sea exigible.

Más allá de la eterna discusión sobre la bondad o las limitaciones de nuestro sistema de clasificación empresarial, se ha abierto ya el debate en torno a la oportunidad o la conveniencia de abordar, en una futura modificación de la legislación de contratos, el replanteamiento del requisito de clasificación al menos para dichos Acuerdos Marco, ya sea para excluirlo y reservarlo sólo para los contratos derivados de dichos Acuerdos, en la medida que es en estos contratos donde debe producir plenos efectos y donde se debe garantizar la plena solvencia de la empresa, ya sea para sustituirlo por un sistema alternativo de acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, específico para participar en dichos Acuerdos.

2. El acceso a las adjudicaciones

Obviamente, una de las posibles respuestas a una situación de crisis como la que se está observando en sectores vinculados a la contratación pública, podría ser el aumento de las licitaciones públicas. De hecho, este planteamiento ha sido el que ha inspirado algunas de las actuaciones de los poderes públicos en estos dos últimos años. Sin embargo, los datos más recientes de los que se dispone ponen de manifiesto que esta alternativa parece haberse agotado, al menos en sus fórmulas ordinarias, esto es, en las asociadas a modelos de financiación presupuestaria. Por ello, y con independencia de comentar los aspectos más interesantes de algunas de estas actuaciones más adelante, cabe preguntarse con carácter general si la simple aportación de mayores recursos al mercado de la licitación pública es suficiente para atraer a un mayor número de empresas y propiciar la reactivación econó-

mica, o si dichas medidas deberían o podrían ir acompañadas de determinados cambios, que no necesariamente tienen por qué implicar la modificación del actual marco normativo.

2.1. Reducción de costes derivados de la participación en procesos de contratación

Como es sabido, el depósito de las garantías provisionales implica para los licitadores la inmovilización de unos recursos económicos durante un cierto tiempo y también, en la medida en que las empresas presenten la garantía mediante aval bancario, el coste de su obtención y el impacto temporal en la cuota de riesgo de la empresa ante la entidad concedente. Según estimaciones hechas con datos obtenidos a partir del Registro Público de Contratos de la Generalitat de Cataluña, considerando un 3% del importe total de licitación en los diversos procedimientos de adjudicación correspondientes a las anualidades 2007 y 2008, y teniendo en cuenta que los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas pueden establecer un régimen especial de garantías, globalmente se podría hablar de un importe anual en dicha Comunidad de entre 125 y 190 millones de euros.

Ciertamente, y teniendo en cuenta que, como regla general, la garantía definitiva se sitúa en un 5% del importe de adjudicación de los contratos, esas cifras se ven incrementadas en lo que a dicho tipo de garantía se refiere, lo que avalaría seguramente la opción de desarrollar el mecanismo de la garantía global, previsto hace años en nuestra legislación y prácticamente olvidado.

En este sentido, hay que reseñar que el pasado 9 de diciembre de 2009, el Gobierno de Cataluña aprobó un Acuerdo de medidas en materia de contratación pública,[6] que prevé para el año 2010 la exención, como regla general, de la garantía provisional en los contratos de las Administraciones Públicas[7] y que, a la vez, impulsa la articulación del mecanismo de la garantía global. El mismo Acuerdo establece medidas para evitar la duplicidad de garantías en Acuerdos Marco y en la contratación derivada de los mismos, y prescribe la exención de garantías para las entidades del tercer sector y los centros especiales de empleo, en los contratos que les son reservados.

---

6. *Vid.* el texto de dicho Acuerdo en la página web de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Cataluña: *http://www.gencat.cat/economia/ambits/contractacio/jcca /index.html*

7. Otras Comunidades, como Castilla y León, han emprendido iniciativas similares en relación con las garantías provisionales: Vid. Acuerdo de la Junta de Comunidades 39/2009, de 8 de abril.

Recientemente, la Administración del Estado ha planteado también una nueva modulación del régimen de la garantía provisional regulada, ya con el carácter de potestativa, en el artículo 91 de la LCSP. En concreto, el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, que ha iniciado su tramitación en el Congreso de los Diputados, incorpora al apartado 1 de dicho artículo 91 un segundo párrafo según el cual, cuando el órgano de contratación decida exigir una garantía provisional, deberá justificar suficientemente en el expediente las razones de su exigencia para ese concreto contrato.[8]

2.2. Remoción de obstáculos de acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYME) a las licitaciones públicas

El Acuerdo del Gobierno de Cataluña al que se acaba de hacer referencia, prevé también determinados mecanismos para facilitar el acceso a la contratación pública de las PYME mediante dos líneas de actuación.

Por una parte, se prevé la puesta en marcha de diferentes instrumentos dentro de la Plataforma de servicios de contratación pública de la Generalitat. En concreto, se articula un *sistema de alertas avanzadas* (cuyo objetivo es anunciar con suficiente antelación futuras licitaciones al sector o sectores implicados, para facilitar la preparación de sus ofertas); se prevé, igualmente, la creación de un *punto de encuentro virtual de empresas* (para favorecer y estimular, en su caso, la creación de alianzas o de mecanismos de colaboración entre las empresas con el objetivo de estar en mejores condiciones para acceder a las licitaciones); y se prevé, finalmente, el funcionamiento de un *buzón electrónico de propuestas innovadoras* (como espacio de relación entre empresas y Administración para el avance en la compra tecnológicamente sofisticada).

Por otra parte, el Acuerdo del Gobierno catalán apuesta también por el replanteamiento de los Acuerdos Marco y, en general, de las técnicas de racionalización de la contratación, con el objetivo de garantizar el mejor diseño y la dimensión de los objetos contractuales, permitir su eventual división en lotes para favorecer una mayor competencia, ajustar las condiciones de capacidad y solvencia a requerir a las empresas, o facilitar la posibilidad de acceso de las PYME especializadas.

8. Apartado seis de la Disposición final decimoctava del Proyecto. El Proyecto de Ley de Economía Sostenible aparece publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, Serie A, Proyectos de Ley, de 9 de abril de 2010, Núm. 60-1.

2.3. Demoras en los procesos de adjudicación

El sistema de doble adjudicación, provisional y definitiva, el diseño insatisfactorio del recurso especial en materia de contratación, y la muy deficiente solución arbitrada para la formalización de los contratos en la LCSP, dan como resultado notables demoras en los procesos de adjudicación.

La primera alternativa para corregir esta situación es exigir la urgente y correcta transposición de las Directivas europeas de recursos, subsanando de este modo el error de su falta de transposición en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 1995, y la persistencia en el error en la reforma de la Ley del año 1999, y superando igualmente las insuficiencias de la transposición llevada a cabo mediante la LCSP de 2007. No obstante, hay que advertir que el Anteproyecto de Ley, actualmente en tramitación, en esta materia[9] no está exento de problemas, especialmente en lo que a la solución planteada para el órgano que ha de resolver los recursos especiales en materia de contratación pública en el ámbito local se refiere.[10] En efecto, y al margen ahora de las consideraciones de orden competencial que, en el caso de Comunidades Autónomas como Cataluña, deberían llevar a la conclusión de que el régimen previsto no es vinculante ni resulta de aplicación,[11] no parece desde luego la mejor solución obligar a las Diputaciones Provinciales a crear un Tribunal, ni limitar a las Comunidades Autónomas de carácter uniprovincial la posibilidad de que sea el Tribunal autonómico el que pueda tener la competencia respecto de los recursos en materia de contratación de los entes locales,

9. Se trata del Anteproyecto de Ley de modificación de las leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y 31/2002, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales para su adaptación a la normativa comunitaria.

10. La regulación del "Régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación y medios alternativos de resolución de conflictos", aparece en el tercer punto del artículo primero del Anteproyecto, que añade un Título lV al Libro V de la LCSP.

11. Recuérdese que el artículo 159.3.a) del Estatuto de Autonomía de Cataluña del año 2006 establece que, en relación con los contratos de las Administraciones Públicas de Cataluña, corresponde a la Generalitat de Cataluña la competencia exclusiva sobre organización y competencias en materia de contratación de los órganos de las Administraciones Públicas catalanas, lo que ciertamente habilita a la Generalitat para crear un órgano específico para la resolución de los recursos contra los actos de los órganos de contratación de los entes locales de Cataluña o, en su caso, para establecer que el mismo órgano que conozca y resuelva los recursos contra actos de los órganos de contratación de la Administración de la Generalitat pueda tener encomendadas también las mismas funciones en relación con los entes que integran la Administración local de Cataluña. A esta última opción apunta precisamente la reciente regulación de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, financieras y administrativas, cuya Disposición adicional cuarta habilita al Gobierno de la Generalitat para la creación del órgano colegiado independiente autonómico, y prevé que la norma de creación pueda establecer que los entes locales catalanes sometan también la resolución de sus recursos especiales a ese órgano colegiado.

como tampoco parece la solución más respetuosa con la autonomía local que sea el Consejo de Ministros quien, en su caso, nombre al titular del órgano independiente creado por una Diputación Provincial.

En cambio, y como aspectos más positivos, el Anteproyecto de Ley citado prevé la supresión del régimen de doble adjudicación (provisional y definitiva), que hay que saludar como una medida que ciertamente contribuirá a la agilización del procedimiento, y la adecuación de la regulación de la formalización de los contratos al nuevo esquema de adjudicación indicado y a la nueva configuración del recurso especial en materia de contratación.

En tanto esta reforma no llega, la alternativa más efectiva en estos momentos es la que consiste en potenciar al máximo la utilización de los medios electrónicos en la contratación, sobre todo en lo relativo a la publicación y efectos de la publicación de las adjudicaciones provisionales y definitivas en los perfiles de contratante ubicados en las Plataformas de contratación de las Administraciones Públicas, y a la articulación de la tramitación de los recursos especiales en materia de contratación a través de los espacios virtuales de licitación ubicados en dichas Plataformas. Para ello será necesario especificar debidamente las prescripciones correspondientes en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos.[12]

3. La ejecución de los contratos

3.1. Las modificaciones contractuales

La regulación de las modificaciones de los contratos en la LCSP ha sido objeto de notable polémica. Los antecedentes de la problemática son sobradamente conocidos. Ya con motivo de la elaboración del Anteproyecto de la LCSP, la Comisión Europea manifestó sus serias reservas al planteamiento que, ciertamente con cambios ulteriores, dio lugar finalmente al actual artículo 202.1 de la LCSP. La comparación de la redacción final de dicho precepto con su inmediato antecedente, el artículo 101.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), permite observar cómo la variación más significativa ha operado en las causas que habilitan al órgano de contratación para la utilización del mecanismo de la modificación.

Hay que recordar aquí que en el Texto Refundido del año 2000 el artículo 101.1 establecía que "una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá

12. Son de interés en esta línea las medidas adoptadas en el Acuerdo del Gobierno catalán de 9 de diciembre de 2009 anteriormente citado.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924

Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

introducir modificaciones en el mismo por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente". Para el legislador de la LCSP de 2007, en cambio, "una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo por razones de interés público y para atender a causas imprevistas justificando debidamente su necesidad en el expediente".

Pues bien, a pesar de la restricción del concepto de las modificaciones (del que ha desaparecido la posibilidad de las modificaciones justificadas en necesidades nuevas), la Comisión Europea ha mantenido su divergencia con el legislador español en el seno del procedimiento de infracción 2008/2014. Como es sabido, la posición de la Comisión aparece resumida en una sentencia del Tribunal de Justicia del año 2004 (recaída en el asunto C-496/99 P, Comisión/CAS "*Succhi di Frutta*"), según la cual si los poderes adjudicadores pretenden poder modificar algún aspecto del contrato, por razones especificadas, después de su celebración, han de haberlo previsto así en los pliegos y han de haber previsto el procedimiento de las modificaciones. Además, con estas modificaciones en ningún caso se puede alterar la estructura esencial del contrato.

Más allá de la disputa sobre el régimen jurídico de las modificaciones contractuales, y sobre la posibilidad de que la LCSP no se ajuste al Derecho comunitario en este punto que, según el Gobierno español, se basaría no tanto en una infracción directa de la Directiva 2004/18/CE, sino en el hecho de no haber acogido la LCSP los criterios del Tribunal de Justicia europeo en el caso "*Succhi di Frutta*", lo cierto es que, como ha reconocido el mismo Gobierno, la discrepancia afecta e interfiere la disponibilidad de fondos estructurales comunitarios, lo que ha aconsejado intentar solventar finalmente el contencioso planteado por los servicios de la Comisión.

Precisamente, con esa intención, el Proyecto de Ley de Economia Sostenible, aprobado por el Gobierno español el día 19 de marzo de 2010, incluye un nuevo Título, y la modificación parcial de un buen número de preceptos de la LCSP para regular precisamente la modificación de los contratos.[13] En síntesis, la nueva regulación supone:

a) En primer lugar, la aplicación de las nuevas reglas a todos los contratos del sector público, y no sólo a los contratos administrativos de las Administraciones Públicas.[14]

13. *Vid.* Disposición final decimoctava del Proyecto de Ley.

14. *Vid.* Disposición final decimoctava, apartado tres, del Proyecto de Ley, que da nueva redacción al apartado 2 del artículo 20 de la LCSP.

b) En segundo lugar, la desaparición del supuesto de modificación del contrato por causas imprevistas, que se había convertido en el núcleo central de la polémica con la Comisión Europea.

c) En tercer lugar, la admisión de modificaciones sólo procede:

– Si se ha advertido expresamente de esa posibilidad y se han detallado de forma clara, precisa e inequívoca sus condiciones, alcance y límites en los pliegos o en el anuncio de licitación y son, por tanto, de general conocimiento por los licitadores;

– Si no fuesen de general conocimiento, sólo son admisibles las modificaciones cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las circunstancias que taxativamente se establecen como causas que pueden justificar una modificación (inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que se pretendían cubrir, fuerza mayor o caso fortuito, conveniencia de utilizar avances tecnológicos que mejoren notablemente la prestación, entre otras), y siempre que la modificación no altere las condiciones esenciales de la licitación y la adjudicación, entendiéndose que se alteran dichas condiciones esenciales, entre otros casos, cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10% del precio de adjudicación del contrato.

En todo caso, será necesario el informe preceptivo del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico equivalente (la Comisión Jurídica Asesora en Cataluña) cuando su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 10% (en la actualidad el umbral es el 20%) del precio primitivo del contrato, siendo éste igual o superior a 6.000.000 de euros.[15]

A pesar del planteamiento de la reforma, y teniendo en cuenta la posición expresada por la Comisión Europea en reiteradas ocasiones, y en el propio procedimiento de infracción al que se ha aludido, la posibilidad de admitir modificaciones que no hayan sido objeto de conocimiento general por los licitadores, aun con las restricciones a las que se ve sometida en la nueva redacción, podría no acabar de adecuarse a los requerimientos comunitarios.

15. En la redacción del Anteproyecto de Ley sometida al dictamen del Consejo de Estado se había incluido el requisito añadido, que no figura en la redacción del actual artículo 195.3.b) de la LCSP, de que se hubiere formulado oposición por parte del contratista, pero dicha previsión mereció la crítica del alto órgano consultivo, lo que ha motivado su desaparición en el texto finalmente aprobado por el Gobierno. *Vid.* Dictamen 215/2010, de 18 de marzo de 2010.

3.2. Las revisiones de precios

Una de las novedades de la regulación de la revisión de precios en la LCSP, es la no inclusión en las fórmulas de revisión del coste de la mano de obra, lo que unido a que la revisión opera, con independencia del sistema escogido (fórmulas aprobadas por el Consejo de Ministros o índices oficiales), tanto al alza como a la baja, con el límite ahora del 85% de la variación experimentada por el IPC adoptado, tiene ciertamente una clara incidencia en una situación de crisis como la actual, en la que se han empezado a revisar precios a la baja.

La demora en la aprobación de las fórmulas por parte del Consejo de Ministros ha planteado el problema de cómo debía interpretarse la previsión de la Disposición transitoria segunda de la LCSP, que establecía que si en un año desde la entrada en vigor de la misma no se aprobasen las nuevas fórmulas se aplicarían las vigentes, excluyendo el efecto de la variación de precios de la mano de obra. No obstante, se encuentra ya en avanzada fase de tramitación el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la relación de materiales básicos y las fórmulas-tipo generales de revisión de precios de los contratos de obras y de los contratos de suministros de fabricación de las Administraciones Públicas.

3.3. La morosidad en el pago

En momentos de crisis la morosidad en el pago es, sin duda, uno los elementos más perniciosos para que las empresas, y especialmente las PYME, puedan hacer frente a la situación, lo que ha provocado un encendido debate en el último año. Por centrarnos en el ámbito de las iniciativas legislativas, hay que destacar la reciente aprobación (el pasado día 23 de marzo de 2010), por la Comisión parlamentaria de Industria, Turismo y Comercio del Congreso de los Diputados, de la Proposición de Ley 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, presentada en el mes de marzo de 2009 por el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió en el Congreso de los Diputados. Dicha aprobación ha comportado que hayan desaparecido del texto final del anteriormente mencionado Proyecto de Ley de Economia Sostenible los preceptos con los que el Gobierno estatal pretendía también abordar la reforma de la LCSP en esta materia.

Ambas iniciativas coincidían en el objetivo de que el plazo de pago pasase de los actuales 60 días a 30 días, si bien la efectividad de la medida se posponía al 1 de enero de 2011, en el primer caso, y al 1 de enero de 2013, en el segundo. El texto finalmente aprobado por el Congreso de los Diputados, a expensas ahora de su tramitación en el Senado, ha acogido la segunda opción. Esta previsión se acompaña, sin embargo, del establecimiento de un régimen transitorio que hace que en

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

el año 2010 el plazo de pago se sitúe en 55 días; en el año 2011, en 50 días, y en el año 2012, en 40 días.[16]

Hay que anotar aquí, de todos modos, que el planteamiento de la reforma adolece del mismo defecto que ya padece la actual regulación de la LCSP, y es que, en la medida que la reducción del plazo de pago se instrumenta a través de la modificación del artículo 200 de la LCSP, sus efectos quedarían limitados a los contratos administrativos. Cierto es que los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas podrían plantearse la consecución del mismo objetivo a través de sus Instrucciones internas o de los pliegos correspondientes, pero parece más lógico aprovechar la reforma para extender el mismo régimen de pagos a todos los poderes adjudicadores, sobre todo cuando de reducir la morosidad se trata.[17]

Las anteriores prescripciones se complementan en la Proposición de Ley citada con un nuevo precepto (que se añadiría como artículo 200 bis de la LCSP) para regular el procedimiento para hacer efectivas las deudas de las Administraciones Públicas, según el cual, transcurrido el plazo previsto con carácter general en el artículo 200.4 de la LCSP, los contratistas podrán reclamar por escrito el cumplimiento de la obligación de pago y, en su caso, de los intereses de demora. Si en un mes la Administración no contesta, se considerará reconocido el vencimiento del plazo de pago y la vía contencioso-administrativa quedará abierta, pudiendo solicitar los interesados el pago inmediato de la deuda como medida cautelar. La sentencia, en caso de estimación total de la pretensión de cobro, condenará en costas a la Administración. También hay que tener en cuenta aquí que ésta puede ser una buena solución para los contratos administrativos, sometidos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pero habría que resolver la cuestión en relación con los contratos de los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de Administraciones Públicas y que, por ser privados, se someten, en cuanto a sus efectos y extinción, a la jurisdicción civil.

Por último, hay que destacar también la previsión de seguimiento y control trimestral del cumplimiento de los plazos de pago a cargo del Estado (a través de la Intervención General), de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales (a través de sus Tesoreros o Interventores), y, en el ámbito estrictamente local, la previsión de un registro de facturas de los contratistas, cuya gestión corres-

16. *Vid.* artículo tercero de la Proposición de Ley, según el texto remitido al Senado por el Congreso de los Diputados. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, IX Legislatura, Serie III B, Proposiciones de Ley del Congreso de los Diputados, de 16 de abril de 2010, núm. 7 (a).

17. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Economia Sostenible. *Vid.* Dictamen 215/2010, de 18 de marzo de 2010.

ponderá a la Intervención u órgano de la entidad local que tenga atribuida la función de contabilidad.

También aquí hay que recordar que, según el Informe sobre la efectividad de la legislación de la Comunidad Europea sobre la morosidad, las PYME son las más afectadas por la morosidad en momentos o situaciones de crisis.[18] Precisamente por ello, se encuentra en trámite una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, con el objetivo de sustituir y derogar la actual Directiva 2000/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000.[19]

Por último, una variante de la morosidad de las Administraciones Públicas en materia de contratación a la que, sin embargo, se suele conceder menor importancia, pero que adquiere particular relevancia en situaciones de crisis, es la demora en la devolución y cancelación de las garantías definitivas. Hay que recordar aquí que, de acuerdo con el artículo 90.2 de la LCSP, aprobada la liquidación del contrato y transcurrido el plazo de garantía, si no hay responsabilidades se devolverá la garantía constituida o se cancelará el aval o seguro de caución, y que el acuerdo de devolución debe adoptarse y notificarse al interesado en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía, de modo que, transcurrido el mismo, la Administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada más los intereses correspondientes.

3.4. La insolvencia empresarial y sus efectos en la contratación pública

Los datos que, sobre la evolución de las empresas concursadas, se han ofrecido en las primeras páginas de este artículo, son suficientemente elocuentes, y no ha de sorprender, por tanto, que en el contexto de la crisis económica se haya planteado también, desde diversos ámbitos, la necesidad de revisar la regulación de la legislación de contratos del sector público en relación con el fenómeno concursal.

Hay que recordar, en este sentido, que el artículo 49.1.b) de la LCSP establecía hasta hace bien poco que no podían contratar con el sector público las personas en quienes concurriere, entre otras, la circunstancia de haber solicitado la declara-

18. *Vid. Review of the effectiveness of European Community legislation in combating late payments.* Dicho Informe, conocido también como *Hoche Report,* fue elaborado para la Comisión Europea en el año 2006, e incorpora una evaluación del impacto legal y económico de la Directiva 2000/35/CE.

19. *Vid.* COM(2009) 126 final 2009/0054 (COD) C7-0044/09.

ción de concurso o la de hallarse declaradas en concurso. Dichas prohibiciones de contratar han de ser apreciadas directamente por el órgano de contratación, de acuerdo con el artículo 50.1 de la misma Ley.

Este planteamiento, que no admitía matiz alguno, ni en relación con el carácter del concurso –ya fuere éste voluntario o necesario–, ni con su evolución –a convenio o a liquidación–, acaba de ser objeto de modificación mediante el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo,[20] cuyo artículo 4 introduce determinados cambios en algunos preceptos de la legislación de contratos, con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación de la Administración con los contratistas a pesar de poder hallarse éstos en situación de concurso.

Concretamente, la primera de esas modificaciones afecta al anteriormente citado artículo 49.1.b) de la LCSP, disponiéndose ahora que es causa de prohibición haber solicitado la declaración de concurso voluntario, de modo que se descartan como causa de prohibición los casos de solicitud de declaración en los que el concurso tiene la consideración de necesario. Con este nuevo enfoque se corrige uno de los elementos de la regulación de la LCSP que mayores críticas había recibido, en la medida en que la prohibición de contratar de la LCSP podía aplicarse tanto a supuestos en los que la primera solicitud de la declaración de concurso la hubiese presentado el deudor (concurso voluntario), como a supuestos en los que la solicitud pudiese provenir de un acreedor o cualquier otro legitimado; sin perder de vista, por otra parte, que el artículo 14 de la Ley Concursal, prescribe, a su vez, que cuando la solicitud hubiere sido presentada por el deudor, el juez dictará auto que declare el concurso, si de la documentación aportada resulta la existencia de hechos que acrediten la insolvencia alegada por el deudor, pero si la solicitud proviene de cualquier otro legitimado distinto al deudor (artículo 15) el juez no puede actuar con ese automatismo, sino que deberá emplazar al deudor, que podrá oponerse a la solicitud, de modo que ligar la solicitud de la declaración, sin distinguir quién la formulaba, con la prohibición de contratar, podía resultar arbitrario.

Además, y modificando también el mismo artículo 49.1.b) de la LCSP, se dispone ahora que es causa de prohibición hallarse la empresa declarada en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio.

Por otra parte, y por lo que a la resolución del contrato se refiere, sólo la apertura de la fase de liquidación en el caso de concurso constituye causa automática

20. BOE núm. 89, de 13 de abril de 2010.

de resolución del contrato correspondiente. En los demás casos, instar la resolución es potestativo, pero la Administración puede optar también por continuar el contrato si el contratista presta garantías suficientes a juicio de aquélla para su ejecución (artículo 207. 2 y 5). Como se ve, y combinando estas prescripciones con las relativas a la prohibición de contratar, la lógica de la regulación en la perspectiva de la legislación de contratos es la de expulsar de la esfera de la contratación pública a las empresas que solicitan la declaración de concurso voluntario o son declaradas en concurso, no pudiendo celebrar, por tanto, nuevos contratos, pero permitiendo, al menos en teoría, continuar los contratos en curso si se puede o hasta que se pueda, si bien este planteamiento puede ser especialmente complejo en los Acuerdos Marco y sus contratos derivados, y, todavía más, cuando se suma a casos de incumplimiento de plazos parciales de contratos.

También respecto de la resolución, el citado artículo 4 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, ha introducido una modificación de interés, en relación con el artículo 208.5 de la LCSP, para establecer que, en caso de resolución del contrato por concurso del contratista, sólo se acordará la pérdida de la garantía cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable, descartándose, por tanto, dicha consecuencia cuando el concurso se califique como fortuito.

Por último, el capítulo de las modificaciones del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, se cierra con la del artículo 209.2 de la LCSP, para exceptuar, en caso de cesión del contrato, del requisito general de que el cedente tenga ejecutado al menos un 20% del importe del contrato (o, cuando se trate de la gestión de un servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato), el supuesto en que la cesión se produzca encontrándose el adjudicatario en concurso, aunque se haya abierto la fase de liquidación.

A pesar de las modificaciones, esta regulación de la legislación de contratos presenta todavía algunos puntos de fricción con la de la legislación concursal,[21] aprobada con posterioridad al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), pero con anterioridad a la actual LCSP.[22]

---

21. Aunque la Ley Concursal del año 2003 haya sido objeto de modificación parcial por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, dicha modificación no afectó directamente a los temas vinculados a la contratación pública.

22. Un buen tratamiento de las relaciones entre ambas legislaciones y sus problemas puede seguirse en: Fernández Torres, Isabel, "Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público: una perspectiva ius privatista", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 143/2009, p. 493-526.

La discrepancia más relevante sigue siendo, sin duda, que la legislación concursal (artículo 67 de la Ley 22/2003, de 9 de julio) parte de una distinción clara entre contratos administrativos y contratos privados de las Administraciones Públicas, que conectaba con la anterior distinción entre ambas categorías de la legislación de contratos del año 2000, pero no con la actual, en la que la distinción objetiva aparece combinada con la puramente subjetiva, de modo que sólo las Administraciones Públicas, en sentido estricto, formalizan contratos administrativos. En la medida en que la distinción de la Ley Concursal acarrea la sumisión a uno u otro régimen jurídico (el de la legislación de contratos, para los contratos administrativos; el de la propia legislación concursal, para los contratos privados), las distorsiones son evidentes.

Por otra parte, y si bien es cierto que, como hemos indicado, sólo la apertura de la fase de liquidación en el caso de concurso constituye causa automática de resolución del contrato correspondiente, no es menos cierto que en los demás casos, aún siendo potestativo instar la resolución, el hecho de que el contratista deba prestar garantías suficientes a juicio de la Administración para que ésta pueda optar por continuar el contrato, va a dificultar enormemente esa decisión en la mayoría de los casos, con lo que, de hecho, la declaración de concurso acabará convirtiéndose a menudo en causa efectiva de resolución, frente a la idea claramente continuista y de mantenimiento de las relaciones contractuales por la que, sin duda, apuesta la legislación concursal.

3.5. Incumplimiento de los plazos parciales de los contratos: ¿penalidades o resolución?

Ante el incumplimiento parcial del contrato, la legislación de contratos prevé la opción para la Administración de imponer penalidades o de resolver el contrato (artículo 196.6 LCSP).

Cuando se opte por la resolución, y uno de los motivos puede ser que la magnitud o la gravedad de los incumplimientos parciales haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total, habrá que determinar los daños y perjuicios producidos. Éste es el sentido inequívoco del actual artículo 208.4 LCSP, que dispone que cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. Para ello habrá que acudir al artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que, con decisión motivada y previa audiencia del contratista, prevé que la Administración tenga en cuenta, entre otros factores, el retraso que implique para la inversión proyectada y los mayores gastos que ocasione a la Administración.

Una vez determinada, la indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada. En este punto, hay que tener presente que el artículo 208.4 de la LCSP ha modificado el planteamiento del anterior artículo 113.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y permite, por tanto, la incautación parcial de la garantía.[23]

3.6. Crisis y subcontratación

Entre las previsiones que incluye el Proyecto de Ley de Economía Sostenible, figura la modificación del porcentaje de subcontratación que la Administración puede imponer al contratista principal, que pasa del 30 al 50%.[24]

La medida puede ser de interés para promover la participación de la PYME y de las empresas innovadoras en determinados contratos, y también para fomentar la posible subcontratación de entidades del tercer sector.

4. Contratación local e impulso de la economía

Como es sabido, a finales del año 2008 se aprobó el Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre, por el que se crearon el Fondo Estatal de Inversión Local y el Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, y se aprobaron créditos extraordinarios para atender a su financiación.

En esta misma línea, y ya en el año 2009, hay que destacar, en primer lugar, la aprobación del Real Decreto-ley 5/2009, de 24 de abril, de medidas extraordinarias y urgentes para facilitar a las Entidades Locales el saneamiento de deudas pendientes de pago con empresas y autónomos, que apunta directamente a la finalidad de evitar los efectos perversos que, sobre la liquidez de las empresas, provoca el retraso en el pago de las obligaciones contraídas por las Entidades Locales; y, en segundo lugar, la aprobación del Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea un nuevo Fondo, el Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, claramente continuador de la política de dinamización económica a través de la inversión pública iniciada con el anteriormente citado Real Decreto-ley 9/2008.

---

23. El artículo 113.4 del Texto Refundido disponía la incautación de la garantía en todo caso, y además la indemnización de los daños y perjuicios en lo que excedieren del importe de la garantía incautada.

24. Disposición final decimoctava, apartado dieciséis, que modifica el artículo 210.7 de la LCSP.

El tenor general de esta regulación permite constatar algunas peculiaridades. En primer lugar, el objeto del Fondo estatal de Inversión Local del Real Decreto-ley 9/2008, dotado con 8.000 millones de euros, era exclusivamente la financiación de obras públicas, mientras que el objeto del nuevo Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local, dotado con 5.000 millones de euros, es mucho más amplio, y alcanza no sólo a las obras de competencia municipal, sino también a los contratos de redacción del proyecto y dirección de dichas obras, así como a los contratos de suministro para el equipamiento de los edificios e instalaciones que sean objeto de los contratos de obras, y a los contratos de suministros para la adquisición de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y a los contratos de servicios para la implantación y desarrollo de sistemas y programas informáticos, salvo que sean de mantenimiento, para dar cumplimiento a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Por lo demás, ambas disposiciones articulan una serie de especialidades similares en la contratación a realizar por los Ayuntamientos: dicha contratación tiene el carácter de urgente, con las consecuencias legales correspondientes; la adjudicación provisional de los contratos deberá efectuarse en el plazo máximo de 20 días naturales desde la finalización del plazo de presentación de proposiciones o desde la solicitud de ofertas, según el procedimiento de adjudicación que se siga; el plazo para elevar a definitiva la adjudicación provisional era de 5 días hábiles en el Real Decreto-ley de 2008, y es de 10 en el Real Decreto-ley de 2009; para la adjudicación de los contratos, los Ayuntamientos han de tomar en consideración, como criterios de adjudicación para la valoración de las ofertas, indicadores relevantes de la medida en que el contrato contribuirá al fomento del empleo; se ha de asegurar, mediante la inclusión de una cláusula estableciendo una condición especial de ejecución, que el nuevo personal que el contratista necesite emplear para la ejecución de las obras esté en situación de desempleo; los Ayuntamientos tienen la obligación de abonar a los contratistas el precio de los contratos dentro de los 30 días naturales siguientes a la fecha de recepción de las certificaciones de obra, o de los documentos correspondientes en los demás contratos; los contratistas, por su parte, deben abonar a los subcontratistas el precio pactado por las prestaciones cuya realización les hayan encomendado, en el plazo máximo de 30 días naturales desde la aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o suministrador, etc.[25]

25. Los principales problemas que presenta la regulación del Real Decreto-ley de 2008 han sido identificados por Gimeno Feliu, José María, en "Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho,* núm. 9/2010, p. 50-55.

5. El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado: ¿un contrato para tiempos de crisis?

Una de las novedades de la LCSP del año 2007 fue la introducción en nuestro derecho del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP), lo que no significa que, con anterioridad, no hubiesen fórmulas de colaboración bajo modalidades diversas (algunas procedentes del derecho privado; otras con perfiles más específicamente administrativos). Lo realmente novedoso, en cualquier caso, fue la voluntad del legislador de introducir en nuestro ordenamiento jurídico una figura contractual concreta como contrato sujeto, en todo caso, a regulación armonizada.[26]

Como es sabido también, esa introducción ha comportado algunos problemas interpretativos. A pesar de la dicción literal del artículo 11 de la LCSP, que de modo expreso sólo contempla la posibilidad de hacer uso del CPP por parte de las Administraciones Públicas, se ha venido admitiendo, sin embargo, que también pueden realizarlos los poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, en base a que el apartado IV de la exposición de motivos de la LCSP alude expresamente a la posibilidad de que determinadas técnicas de contratación o figuras contractuales (entre las que figuran los CPP) puedan ser incorporadas a las Instrucciones internas de contratación que aprueben dichos poderes adjudicadores o que se concluyan al amparo del principio de libertad de pactos del artículo 25 de la LCSP.

En otro orden de consideraciones, el CPP, como actuación global e integrada, alude a una idea de complejidad de las prestaciones que han de constituir su objeto. Aunque esa idea viene corroborada por los artículos 118.1 y 164.1 de la propia LCSP, los términos de la definición del CPP, tal como aparecen en el artículo 11 de la misma Ley, son demasiado genéricos y pueden entrar fácilmente en colisión con otros tipos contractuales (especialmente con el contrato de concesión de obras públicas), por lo que parece recomendable perfilar mejor en el futuro las prestaciones propias del CPP, entre otros motivos porque el legislador lo ha configurado, al menos formalmente, como uno de los contratos típicos del sector público, si bien le ha otorgado un carácter subsidiario, de modo que sólo se puede recurrir al mismo cuando se hayan descartado previamente fórmulas alternativas de contratación. Hay que recordar en este sentido que en Francia se ha avanzado notablemente a la hora de establecer un inventario o catálogo de posibles contratos complejos (trabajos en

26. El planteamiento del legislador español entronca claramente con el modelo del contrato de "partenariado" francés, introducido mediante la Ordenanza núm. 2004-559, de 17 de junio de 2004, que ha sido posteriormente objeto de una importante modificación a través de la Ley núm. 2008-735, de 28 de julio de 2008, relativa a los contratos de partenariado.

espacios que han de seguir manteniendo una actividad, objetos contractuales con superposición de reglamentaciones de aplicación, etc.) y de campos de actividad preferentes (educación, investigación, defensa y seguridad, justicia, policía, eficacia energética, etc.). Del mismo modo, en países como el Reino Unido se ha acumulado una cierta experiencia de casos en los que deberían descartarse los CPP (por ejemplo, en proyectos pequeños cuyos costes fijos no los hacen rentables).

Por otra parte, hay que tener en cuenta también que la opción elegida por el legislador para regular la adjudicación del CPP es probablemente demasiado restrictiva. En efecto, el procedimiento de adjudicación previsto por la LCSP para este tipo de contratos es el diálogo competitivo, y sólo se prevé como alternativa la utilización del procedimiento negociado con publicidad cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos de diálogo competitivo, seguidos previamente, hubiesen sido irregulares o inaceptables.[27] La complejidad del diálogo competitivo, que implica en muchos casos un proceso largo de adjudicación poco adecuado para proyectos de modesta entidad, unida al hecho de que el legislador ha vinculado dicho procedimiento a aquellos casos en los que el órgano de contratación no se encuentre objetivamente capacitado para definir, con arreglo a la propia Ley, los medios técnicos aptos para satisfacer sus necesidades u objetivos, o para determinar la cobertura jurídica o financiera de un proyecto,[28] puede acabar llevando a descartar la utilización del CPP en supuestos en los que posiblemente tendría pleno sentido.

En suma, y en buena parte por los motivos apuntados, en España la aplicación del CPP hasta ahora ha sido más bien escasa, y las prestaciones que se han instrumentado como CPP no siempre han sido las más idóneas, a diferencia de países, como el Reino Unido, donde está plenamente consolidado, y constituye la pieza clave de la política británica de renovación y desarrollo de infraestructuras públicas.

Con todo, las diversas fórmulas de colaboración entre el sector público y el sector privado están llamadas a jugar, sin duda, un papel importante en una situación de asfixia financiera de las Administraciones Públicas.[29] En este sentido, no ha de

27. Artículo 164.3 en relación con el artículo 154.a) de la LCSP.

28. Artículo 164.2 en relación con el artículo 101.3 de la LCSP.

29. En fecha 7 de abril de 2010 se ha presentado por el Gobierno del Estado el Plan Extraordinario de Infraestructuras (PEI), con la voluntad de anticipar a 2010 y 2011 licitaciones por importe de 17.000 millones de euros, el 70% de las cuales se destinan al ferrocarril. El PEI se plantea como una actuación de colaboración público-privada, si bien bajo un modelo concesional, de modo que se establece el pago de las infraestructuras, una vez se haya finalizado y puesto en servicio la obra, a lo largo de un periodo de 25 a 30 años. En concreto, el pago al concesionario se realizará mediante un canon único que paga la inversión, la conservación y el mantenimiento de las infraestructuras.

sorprender que el CPP haya merecido también la atención del Proyecto de Ley de Economía Sostenible. En la reforma programada a través de dicho Proyecto de Ley se prevén diversas modificaciones de la regulación del CPP. En concreto, se prevé:

a) Ampliar explícitamente los supuestos de colaboración, incluyendo también la contratación a través de las entidades públicas empresariales estatales, u organismos similares de las Comunidades Autónomas (articulo 11 de la LCSP).[30]

b) También se prevé la modificación del artículo 118 de la LCSP, relativo a la evaluación previa, para excluir la obligación de hacerla cuando un órgano integrado en la misma Administración o entidad ya la hubiese efectuado previamente para un supuesto análogo, siempre que dicha evaluación previa no se hubiese realizado de forma sucinta por razones de urgencia.[31] En Francia, en la reforma de 2008 del contrato de partenariado, se perfiló también la metodología para hacer estas evaluaciones previas.[32]

c) Se regula la financiación de los adjudicatarios de CPP, en relación con las garantías que pueden obtener para la captación de la financiación necesaria para la ejecución del contrato, con la notificación por el contratista de las operaciones financieras que concierte para dicha financiación, y con la resolución del contrato y la incorporación al patrimonio de la entidad contratante de las inversiones realmente ejecutadas. Igualmente, se regula la financiación de la colaboración entre el sector público y el sector privado bajo formas institucionales y, en concreto, los medios de financiación a disposición de las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público en el marco de la colaboración público-privada de carácter institucional.[33]

d) Mediante la modificación de la Ley General Presupuestaria, se prevé también que el Gobierno pueda otorgar avales a las operaciones concertadas por los adjudicatarios de CPP y por las sociedades de economía mixta.[34]

e) Finalmente, se regula el régimen especial de adjudicación de contratos públicos en el marco de formas institucionales de colaboración entre el sector público y el privado. Según las previsiones del Proyecto de Ley, los contratos públicos se podrán adjudicar directamente a una sociedad de economía mixta en la que concu-

30. Disposición final decimoctava, apartado dos.
31. Disposición final decimoctava, apartado ocho.
32. *Vid.* Ley núm. 2008-735, de 28 de julio de 2008, anteriormente citada.
33. Artículo 35 del Proyecto de Ley de Economia Sostenible.
34. Disposición final decimonovena, apartado dos.

rra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya hecho de acuerdo con las normas establecidas en la LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.[35]

35. Disposición final decimoctava, apartado treinta y cuatro.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924

Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic