

## **INFORME DE LA INTERVENCIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE 24 MAYO DE 2005. PRINCIPALES MODIFICACIONES DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (TRLCAP), INTRODUCIDAS MEDIANTE EL REAL DECRETO LEY 5/2005, DE 11 DE MARZO, DE REFORMAS URGENTES PARA EL IMPULSO A LA PRODUCTIVIDAD Y PARA LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

La legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas, en concreto, el *Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* ha sido objeto de una reciente modificación, con la finalidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico los criterios que resultan de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 13 de enero de 2005, que obliga a España a reformar su normativa referente a la adjudicación de contratos públicos.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2005 declara, en síntesis, lo siguiente:

*"El Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas.*

*La normativa española debe ser reformada ya que, por un lado, se dejan fuera de su ámbito de aplicación a las entidades privadas bajo control público y a los convenios de colaboración entre la Administración y otros organismos públicos y, por otro, se amplía en exceso la posibilidad que poseen el adjudicador y el adjudicatario de recurrir al procedimiento negociado para establecer las condiciones del contrato".*

A través del Título IV "Mejora de la contratación pública" del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (B.O.E. 14.3.2005) se introducen diversas modificaciones en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para dar cumplimiento a la sentencia antes mencionada.

Dicho Título, que se dicta al amparo de lo establecido por el artículo 149.1.18º de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre legislación básica sobre contratos (*Disposición final primera*), va a ser objeto de análisis en función de los principios y criterios jurídicos recogidos en la Sentencia del Tribunal de Justicia, y respecto a los que, se hace precisa la adecuación del ordenamiento jurídico español, teniendo en consideración a su vez, el dictamen emitido por unanimidad por la Comisión Permanente del Consejo de Estado en sesión celebrada el día 10 de marzo de 2005.

### **1.- Ámbito de aplicación subjetivo del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.**

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señala que se ha excluido del ámbito de aplicación del texto refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero de las Directivas 93/36 y 93/37.

Tal exclusión se produce en el artículo 1, apartado 3, del texto refundido de la Ley de Contratos

al disponer que deberán ajustar su actividad contractual a lo previsto en la presente Ley: los organismos autónomos y las restantes entidades con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas siempre que se cumplan los requisitos previstos en el citado precepto.

Para las Directivas citadas se entiende como organismo de derecho público; cualquier organismo:

- S creado para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- S dotado de personalidad jurídica, y
- S cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público.

Según jurisprudencia reiterada, el concepto de organismo público que figura en las Directivas antes citadas es un concepto funcional, aplicable a cualquier entidad, incluso de derecho privado, en la que concurren las tres circunstancias previstas en las mencionadas Directivas.:

Desde esta perspectiva, el Tribunal considera que en dicho concepto tienen cabida las entidades de Derecho privado que cumplan los requisitos enunciados en las Directivas Comunitarias, siendo necesario modificar la Ley española para evitar que tales entidades privadas bajo control público queden excluidas de su ámbito de aplicación, siendo ésta la finalidad perseguida con las modificaciones previstas en el artículo 2.1. y en la Disposición Adicional Sexta.

En relación al *artículo 2.1.*, la nueva redacción es la siguiente:

*"Artículo 2. Adjudicación de determinados contratos.*

*1. Las entidades de derecho público no comprendidas en el ámbito definido en el artículo anterior, las sociedades mercantiles a que se refieren los párrafos c) y d) del apartado 1 del artículo 166 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y otras sociedades mercantiles equivalentes de las demás Administraciones públicas creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y las fundaciones del sector público, siempre que, además, concorra alguno de los requisitos contenidos en el párrafo b) del apartado 3 del artículo anterior, quedarán sujetas a las prescripciones de esta ley relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, para los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, a 5.923.000 euros, si se trata de contratos de obras, o a 236.000 euros, si se trata de cualquier otro contrato de los mencionados."*

Como se observará, se amplía el ámbito de aplicación de la previsión contenida en el *apartado 1 del artículo 2*, relativo a la adjudicación de determinados contratos de Derecho privado, incluyéndose las siguientes entidades:

- S Las sociedades mercantiles estatales, entendiéndose por tales aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria, integran el sector público estatal, sea

superior al 50 %. Para la determinación de este porcentaje, se sumarán las participaciones correspondientes a las entidades integradas en el sector público estatal, en el caso de que en el capital social participen varias de ellas (*artículo 166.1.c) de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*).

- S Las sociedades mercantiles que, sin tener la naturaleza de sociedades mercantiles estatales, se encuentren en el supuesto previsto en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores respecto de la Administración General del Estado o sus organismos públicos (*artículo 166.1.d) de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas*.)
- S Las fundaciones del sector público.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, tienen la consideración de fundaciones del sector público estatal aquellas fundaciones en las que concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal.
- b) Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por cien por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Todas estas entidades por tanto, quedan sujetas a las prescripciones de la Ley relativas a la capacidad de empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación para los contratos administrativos en los términos previstos en el propio artículo 2.1, si concurren alguno de estos requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros mas de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público.

Por otra parte, se modifica la redacción de la *disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, quedando redactada del siguiente modo:

*"Disposición adicional sexta. Principios de contratación en el sector público.*

*Las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público a que se refiere el apartado 1 del artículo 2, para los contratos no comprendidos en él, así como las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios."*

Dicha disposición relativa a los principios de contratación del sector público incluye, consecuentemente con la modificación del *artículo 2.1.*, una referencia expresa a las fundaciones del sector público y a las restantes sociedades mercantiles en cuyo capital sea

mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones públicas o de sus organismos autónomos o entidades de derecho público, junto a las sociedades mercantiles a que se refiere el *artículo 2.1*.

## **2.- Exclusión del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de los convenios de colaboración celebrados entre las entidades de Derecho público.**

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señala que la norma española excluye de su ámbito de aplicación los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o que celebren cualesquiera de estos organismos entre sí (*artículo 3, apartado 1, letra c) del texto refundido de la Ley de Contratos*).

Su justificación se encuentra en que los convenios de colaboración pueden constituir contratos públicos a efectos de las Directivas 93/36/CEE y 93/37/CEE y, por tanto, el Tribunal considera que no cabe su exclusión a priori del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, declarando en este sentido, lo siguiente:

*"Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37 un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso, celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o un contratista y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b) de dichas Directivas y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.*

*Conforme al artículo 1 letra a) de la Directiva 93/36 basta con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50).*

*Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a excepción del objeto de contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37."*

En función de ello, se modifica la *letra c)* del *artículo 3.1*, relativo a negocios y contratos excluidos, para precisar que los convenios de colaboración a que se refiere sólo quedarán excluidos del ámbito de aplicación de la Ley en los supuestos siguientes:

- S En el caso de que la materia sobre la que versen no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o,
- S Siendo la materia sobre la que versen objeto de tales contratos, su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2.

De este modo, el *párrafo c)* del *apartado 1* del *artículo 3* queda redactado con el siguiente tenor:

### Artículo 3. Negocios y contratos excluidos.

1. Quedan fuera del ámbito de la presente Ley:

(Y)

*"c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2."*

Igualmente, a través de la citada modificación se adiciona un nuevo supuesto de exclusión al artículo 3.1. al disponer:

*"l) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública."*

### **3.- Procedimientos de adjudicación: el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en supuestos no previstos en las Directivas 93/36 y 93/37**

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas considera que los *artículos 141 a) y 182 a) y g) del texto refundido* permiten recurrir al procedimiento negociado sin publicidad en unos supuestos que no están previstos en las Directivas citadas al permitir de una parte, una modificación de hasta un 10 por 100 de una de las condiciones originales del contrato, como es el precio, en la contratación subsiguiente a procedimientos declarados desiertos, y de otra, la adjudicación de contratos de suministros de bienes uniformes, siempre que el tipo de bienes se haya elegido previamente en virtud de concurso, supuesto no contemplado en los casos enumerados taxativamente en el artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/36, en los que se prevé la utilización del procedimiento negociado.

En relación a la contratación subsiguiente en procedimientos declarados desiertos, las Directivas relativas al contrato de obras y al de suministro prevén que pueda recurrirse al procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación, entre otros supuestos, cuando no se presenten proposiciones o cuando se presenten proposiciones inadecuadas en respuesta a un procedimiento abierto o restringido, siempre que no se modifiquen de forma sustancial las condiciones originales del contrato y se transmita un informe a la Comisión (artículos 7.3.a) de la Directiva 93/37 y 6.3.a) de la Directiva 93/36).

El procedimiento negociado sin publicidad tiene carácter excepcional y sólo debe aplicarse en los casos taxativamente enumerados en las disposiciones comunitarias. En este sentido, se da una nueva redacción a la *letra a)* de los *artículos 141 y 182*, relativos al contrato de obras y al contrato de suministro, respectivamente. También se modifica la *letra a)* del *artículo 210*, relativo a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios.

A través de la citada modificación se permite recurrir al procedimiento negociado sin publicidad cuando el contrato no llegue a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se

modifiquen las condiciones originales del contrato, **suprimiéndose la excepción que existía anteriormente, en virtud de la que, se podía recurrir a este procedimiento cuando la variación se produjese en el precio (con el límite de que no podría ser aumentado en más de un 10 por 100), al considerarse que una condición de este tipo representa una modificación sustancial de las condiciones originales del contrato.**

A través de la modificación realizada por el *Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de marzo*, la nueva redacción del *artículo 141, párrafo a)*, es la siguiente:

*"a) Cuando el contrato no llegare a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen las condiciones originales del contrato. En este supuesto, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior al límite señalado en el primer párrafo del artículo 135.1 se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas, a petición de ésta."*

La supresión del precio como condición susceptible de modificación también se contiene de modo similar en los *artículos 182* (relativo al contrato de suministros) y en el *artículo 210* (referente al contrato de consultoría, asistencia y de servicios) quedando redactados del siguiente modo:

*Artículo 182. Procedimiento negociado sin publicidad.*

*Podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes, que habrán de justificarse en el expediente:*

*"a) Cuando el contrato no llegara a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato. En este supuesto, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a los límites señalados en el artículo 177.2, se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas a petición de ésta."*

*(Y)*

*Artículo 210. Procedimiento negociado sin publicidad.*

*Podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes, que habrán de justificarse en el expediente:*

*"a) Cuando el contrato no llegara a adjudicarse en un procedimiento abierto o restringido por falta de licitadores o porque los presentados no hayan sido admitidos a licitación, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato. En este supuesto, cuando la cuantía del contrato sea igual o superior a los límites señalados en el artículo 203.2, se remitirá un informe a la Comisión de las Comunidades Europeas a petición de ésta."*

*(Y)*

Para finalizar, señalar que la entrada en vigor de la modificación se produce al día siguiente de la publicación del Real Decreto Ley en el Boletín Oficial del Estado, es decir, con efectos de fecha 15 de marzo de 2005 (*Disposición final cuarta*), y, que de acuerdo con lo dispuesto en el *artículo 86.2* de la *Constitución* se ha dictado *Resolución de 7 de abril de 2005, del Congreso*

*de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, publicada en el Boletín Oficial del Estado de fecha 14 de abril de 2005.*