



## ALERTA DERECHO PÚBLICO

GTA VILLAMAGNA

Modificación del Texto Refundido de  
la Ley de Contratos del Sector  
Público, y otros cambios normativos





# CONTENIDOS

1.	Modificaciones del TRLCSP introducidas por la LRJSP .....	4
2.	Modificación de la Ley 22/003, de 9 Julio, Concursal ("LC")	9
3.	Entrada en vigor.....	10
	CONTACTOS .....	11

## 1. MODIFICACIONES DEL TRLCSP INTRODUCIDAS POR LA LRJSP

En virtud de la Disposición Final Novena de la LRJSP se introducen las siguientes modificaciones del TRLCSP:

### 1.1. Prohibición de contratar

Se modifican los artículos 60, 61 y se introduce un nuevo artículo 61 *bis* del TRLCSP, en relación con la prohibición de contratar.

A este respecto, se suprime la distinción entre las causas que afectaban a la contratación con el “sector público” y aquellas que afectaban a la contratación con las “Administraciones Públicas”, estableciéndose que las prohibiciones de contratar lo serán con respecto a la totalidad del sector público.

Por otro lado, una vez se declare la prohibición de contratar, ésta afectará a futuras contrataciones con el órgano de contratación correspondiente, si bien pueden extenderse sus efectos al sector en el que se integre dicho órgano de contratación o a todo el sector público.

Se introduce una nueva causa de prohibición de contratar, referida al supuesto en el que, en los plazos previstos en el artículo 156.3 del TRLCSP, el adjudicatario no formalice, por causas a él imputables, el contrato adjudicado a su favor.

Así mismo, se desarrolla el alcance de otras circunstancias, ya previstas anteriormente, que conllevan la prohibición de contratar. En particular, en relación con la prohibición de contratar contenida en el artículo 60.1.a) del TRLCSP, relativa a la condena por sentencia firme de determinados delitos, se

añaden nuevas figuras delictivas, incluyéndose ahora los siguientes: delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, prevaricación, fraudes, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

Por otro lado, se incluye como circunstancia que conlleva la prohibición de contratar el incumplimiento del requisito de reservar el 2 por ciento de puestos de trabajo para empleados con discapacidad, en empresas de 50 o más trabajadores, si bien esta prohibición no será efectiva en tanto no se desarrolle reglamentariamente, conforme establece la nueva Disposición Transitoria Décima que se incorpora al TRLCSP.

### 1.2. Adjudicación de los contratos de concesión de obra pública

Se introduce una nueva redacción en el artículo 150.2 del TRLCSP, desarrollándose los criterios que han de servir para la adjudicación de los contratos de concesión de obra pública.

A este respecto, cuando se prevea la posibilidad de que se efectúen aportaciones públicas, así como cualquier tipo de garantías, avales u otro tipo de ayudas a la empresa, figurará como un criterio de adjudicación evaluable de forma automática la cuantía de la reducción que oferten los

licitadores sobre las aportaciones previstas en el expediente de contratación.

### **1.3. Aportaciones públicas en el contrato de concesión de obras públicas**

Se modifican los artículos 254 y 256 del TRLCSP sobre los requisitos que deben cumplirse para aportación de recursos públicos para la financiación de las obras públicas objeto de concesión.

A tal efecto, se establece la exigencia de que las aportaciones públicas que se otorguen al concesionario estén previstas en el correspondiente pliego de condiciones, sin que puedan incrementarse con posterioridad a la adjudicación del contrato (sin perjuicio del reequilibrio previsto en el artículo 258 del TRLCSP). Este mismo régimen será aplicable a cualquier tipo de garantía, aval u otras medidas de apoyo a la financiación del concesionario, que tendrán que estar previstas en los pliegos.

### **1.4. Pignoración de los derechos de crédito derivados de la resolución del contrato de concesión**

Se modifica la redacción del artículo 261 del TRLCSP, estableciéndose que los derechos de crédito derivados de la resolución de un contrato de concesión de obra o de gestión de servicio público sólo podrán pignorarse en garantía de obligaciones que guarden relación con la concesión o el contrato, previa autorización del órgano de contratación y su publicación en el Boletín Oficial del Estado o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales.

### **1.5. Nueva regulación de la RPA en la resolución del contrato de concesión obra pública**

Se modifica el artículo 271 y se introducen los nuevos artículos 271 bis y 271 *ter*, en lo que se refiere a la regulación de la RPA en el ámbito de los contratos de concesión de obra pública. En este sentido, se distinguen las siguientes situaciones:

- Que la resolución del contrato de concesión de obra pública se produzca **por causa imputable a la Administración**, en cuyo caso ésta abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. A tal efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal, superándose de esta manera la incertidumbre actual respecto al criterio de amortización, especialmente cuando, como es bastante habitual, en los Pliegos no se establecía una tabla de amortización.

Debe observarse en este aspecto que la “inversión reconocida” por la Administración (que es la relevante a efectos de fijar la RPA) no tiene que coincidir necesariamente con la “inversión real” contabilizada por el concesionario, y de hecho es relativamente habitual que el coste de las obras supere el importe de la inversión reconocida por la Administración a efectos de la RPA. Con ello queremos destacar que una cosa es la contabilidad de la empresa y otra distinta la forma de hallar el importe de la RPA, sin que necesariamente tengan que coincidir ni en cuanto a la inversión ni respecto al grado de amortización. A efectos de la RPA habrá de estarse a la inversión reconocida, aplicando ahora –conforme a la nueva regulación– un grado de amortización lineal, que parece lógico conectar con el número de años que

exista entre el momento de la terminación de las obras (no es razonable pretender aplicar grado de amortización a unas obras que aún no están en explotación) y hasta el vencimiento de la concesión. Cuestión distinta –no resulta por la norma- es cómo impacta una eventual extensión del plazo de duración de la concesión respecto del previsto en el momento de la adjudicación, es decir, se ello comporta o no un reajuste en el cuadro de amortización lineal.

Adicionalmente, si el contrato se resuelve por (i) rescate, (ii) supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público o (iii) imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato, además del abono de la inversión no amortizada, el concesionario tendrá derecho a que se le indemnice por los daños y perjuicios que se le irroguen, y que se determinarán teniendo en cuenta lo siguiente (se supera de esta manera la regulación hasta ahora aplicable relativa al resultado de explotación del último quinquenio cuando resultara posible, que sin embargo sigue aplicándose en el contrato de gestión de servicio público):

- Los beneficios futuros que el concesionario dejará de percibir, que se cuantificarán atendiendo a la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un período de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión (no se aclara si el periodo a tener en cuenta para hallar la media aritmética es el inmediatamente anterior a que se declare extinguido el contrato o si es de libre elección para la

Administración o el concesionario, cuando el tiempo restante de la concesión fuese inferior al transcurrido). En caso de que el tiempo restante fuese superior al transcurrido, se tomará como referencia este último. La tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario.

- La pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a la Administración, considerando su grado de amortización.

- Que la resolución del contrato se produzca **por causas no imputables a la Administración**, supuesto en el que el importe a abonar al concesionario por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración, será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 271 *bis*. En éste se prevé que el valor de la concesión será el que resulte de la adjudicación de la nueva licitación de la concesión declarada resuelta; en segunda licitación, el tipo será el 50% de la primera licitación, y si la segunda licitación quedara desierta, el valor de la concesión será el tipo de ésta.

El artículo 271 *ter* de la LCSP regula la forma de establecer el tipo de la primera licitación: se determinará en función de los flujos futuros de caja que se prevea obtener por la sociedad concesionaria, por la explotación de la concesión, en el periodo que resta desde la resolución del contrato hasta su reversión, actualizados al tipo de

descuento del interés de las obligaciones del Tesoro a diez años incrementado en 300 puntos básicos. Se tomará como referencia para el cálculo de dicho rendimiento medio los últimos datos disponibles publicados por el Banco de España en el Boletín del Mercado de Deuda Pública.

No obstante, si la resolución del contrato se produjera antes de la terminación de la construcción de la infraestructura, el tipo de la licitación será el 70% del importe equivalente a la inversión ejecutada, entendiéndose a estos efectos por inversión ejecutada el importe que figure en las últimas cuentas anuales aprobadas incrementadas en la cantidad resultante de las certificaciones cursadas desde el cierre del ejercicio de las últimas cuentas aprobadas hasta el momento de la resolución. De dicho importe se deducirá el correspondiente a las subvenciones de capital percibidas por el beneficiario, cuya finalidad no se haya cumplido

Se aclara que a estos efectos no se consideran imputables a la Administración los supuestos de resolución del contrato debidos a (i) la muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria; (ii) la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento; (iii) la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en la Ley; (iv) el secuestro de la concesión por un plazo superior al establecido como máximo sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones; y (v) el

abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.

Por tanto, la RPA varía en función de que la causa de resolución sea o no imputable a la Administración, y a su vez, si es imputable a la Administración, varía también, pues el concesionario tendrá derecho adicionalmente a lucro cesante (beneficio esperado) en función de que se trate de alguna de las causas específicamente señaladas a tal fin (rescate, supresión de la explotación e imposibilidad de explotación por decisiones de la Administración contratante). No obstante, aunque no se cite expresamente, a nuestro juicio es evidente que el concesionario también tendrá derecho a que se le abone el lucro cesante cuando la Administración incumpla obligaciones esenciales (no subsumible como tal en el rescate, supresión de la explotación e imposibilidad de explotación), y sea esa la causa de extinción del contrato.

Por otro lado, es relevante resaltar el impacto que previsiblemente tendrá la nueva regulación de la RPA cuando el contrato se extingue por causas no imputables a la Administración (por ejemplo, declaración de concurso de acreedores). Y ello porque la falta de garantía de que se recuperará la inversión no amortizada cualquiera que sea la causa de resolución del contrato, supondrá previsiblemente que las entidades que financien este tipo de proyectos exijan, al menos, garantía de socios o equivalente por la diferencia entre el importe del servicio de la deuda pendiente cuando se extinga el contrato y la cantidad que se obtenga tras la primera o segunda licitación de la concesión. La incertidumbre sobre el importe que se obtendrá (pues depende del resultado de una subasta

futura), provocará previsiblemente que, al menos en parte, deje de operarse bajo la modalidad de “*project finance*” en el sentido propio del término.

En todo caso, esta regulación, nacida en un momento de crisis y ante problemas acuciantes con nombres y apellidos, lo normal es que sea revisada una vez se supere esta situación y se vuelva a la normalidad. No puede desconocerse que la introducción de incertidumbre al final castiga también al interés público, pues los licitadores normalmente adoptarán medidas de prevención (que pueden afectar al precio ofertado) o incluso puede provocar una menor competencia en las licitaciones.

#### 1.6. Modificación en el contrato de gestión de servicios públicos

Se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 288 del TRLCSP referido al contrato de concesión de gestión de servicio público, para ajustarlo al mismo esquema antes señalado para el contrato de concesión de obra pública. De esta manera:

- Si la resolución del contrato de gestión de servicio público se produce **por causa imputable a la Administración**, esta abonará al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.

Debe observarse que no se modifica el apartado 4 del artículo 288 del TRLCSP, de manera que en los supuestos de rescate,

supresión del servicio e imposibilidad de explotación como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, el contratista tendrá derecho (adicionalmente a la inversión no amortizada) a que se le indemnice por los daños y perjuicios que se le irroguen, “*incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización*”.

En este caso sigue aplicando el criterio de los resultados de explotación en el último quinquenio, manteniendo con ello las dudas de interpretación de cómo se aplica este criterio, que además en ocasiones puede dar lugar a resultados absurdos. En efecto, también en los contratos de gestión de servicio público, que son de larga duración, inicialmente el resultado puede ser incluso negativo para más adelante, cuando adquiere la madurez requerida, pasar a resultados positivos; no parece una buena solución que, dependiendo del momento en el que se acuerde la extinción del contrato y, por tanto, del grado de madurez del contrato, el beneficio esperado pueda variar y de manera tan sustancial (incluso pudiendo arrojar un resultado negativo). Es decir, se puede llegar al absurdo de que aparentemente la Administración “*le hace un favor*” al concesionario cuando rescata el servicio si ello se produce en la fase inicial de explotación del servicio, cuando los resultados pueden ser negativos; esta visión parcial del contrato lleva a situaciones tan absurdas como la descrita, y que provoca que el concesionario normalmente apele a otros criterios para que se le indemnice de manera integral, no de manera parcial



merced a un criterio que no se ajusta a la realidad de un contrato concebido y diseñado para todo el periodo de duración previsto en origen.

- Si la resolución obedece a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar a éste por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 271 bis (es decir, el régimen previsto para el contrato de concesión de obra pública). Y en todo caso se entiende que no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando ésta obedezca a (i) muerte o incapacidad sobrevenida del concesionario individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria; (ii) la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

### **1.7. Creación de la Oficina Nacional de Evaluación**

Se incorpora en el TRLCSP una nueva Disposición adicional trigésimo sexta, relativa a la creación de la Oficina Nacional de Evaluación. Tiene como finalidad analizar la sostenibilidad financiera de los contratos de concesiones de obras y contratos de concesión de servicios públicos, y aunque emite informes (no resoluciones), en el caso de que la Administración o la entidad destinataria del informe se apartara de las recomendaciones contenidas en un informe preceptivo de la Oficina, deberá motivarlo en un informe que se incorporará al expediente del correspondiente contrato y que será objeto de publicación.

La Oficina, con carácter previo a la licitación de los contratos de concesión de obras y de gestión de servicios públicos a celebrar por los poderes adjudicadores dependientes de la Administración General del Estado y de las Corporaciones Locales, evacuará informe preceptivo en los siguientes casos: (i) cuando se realicen aportaciones públicas a la construcción o a la explotación de la concesión, así como cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario.; (ii) cuando la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador concedente, si el importe de las obras o los gastos de primer establecimiento superen un millón de euros.

Asimismo informará (parece que también con carácter preceptivo) de los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, en los casos previstos en los artículos 258.2 y 282.4 del TRLCSP, respecto de las concesiones de obras y servicios públicos que hayan sido informadas previamente de conformidad con los apartados (i) y (ii) anteriores o que, sin haber sido informadas, supongan la incorporación en el contrato de alguno de los elementos previstos en éstos.

Cada Comunidad Autónoma podrá adherirse a la Oficina Nacional de Evaluación para que realice dichos informes o si hubiera creado un órgano u organismo equivalente solicitará estos informes preceptivos al mismo cuando afecte a sus contratos de concesión.

## **2. MODIFICACIÓN DE LA LEY 22/003, DE 9 JULIO, CONCURSAL (“LC”)**

En virtud de la Disposición Final Quinta de la LRJSP, se introducen varias modificaciones en la Ley Concursal, destacando la nueva redacción dada al artículo 90.1,6º de la LC, por la que se

establecen los requisitos que necesariamente deben concurrir para que los créditos garantizados con prenda sobre derechos de créditos futuros puedan gozar del privilegio especial de la LC (aclarándose, de este modo, una cuestión controvertida hasta el momento, especialmente en el marco de la financiación de importantes contratos de concesión de obra pública).

Para ello se exige (i) que los créditos futuros objeto de prenda nazcan de contratos o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a la declaración de concurso y (ii) que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, que se haya inscrito en el registro correspondiente (Registro de Bienes Muebles).

Conviene resaltar que, en el caso de prenda sobre derechos de crédito futuros derivados

de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, además de lo anterior, se requiere que éstos cumplan con los requisitos del artículo 261.3 del TRLSCP (sólo podrán pignorar en garantía de deudas que guarden relación con la concesión o el contrato, previa autorización del órgano de contratación, que deberá publicarse en el "Boletín Oficial del Estado" o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales).

### **3. ENTRADA EN VIGOR**

Las modificaciones del TRLCSP y en la LC entrarán en vigor el próximo día 22 de octubre de 2015 (Disposición Final Decimoctava de la LRJSP).

## CONTACTOS

Para más información pueden ponerse en contacto con:

**Ernesto García-Trevijano Garnica**

(+34) 91 521 01 04

[ernestogtrevijano@gtavillamagna.com](mailto:ernestogtrevijano@gtavillamagna.com)

**Marta Plaza González**

(+34) 91 521 01 04

[martaplaza@gtavillamagna.com](mailto:martaplaza@gtavillamagna.com)

