

## EL REAL DECRETO-LEY DE SECTORES EXCLUIDOS

### El Real Decreto-ley de sectores excluidos

El libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, deroga la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, introduciendo modificaciones sustanciales en la regulación española en materia de contratación de las entidades que operan en estos sectores, conocidos como “excluidos” o “especiales”. En este foro se exponen los cambios más relevantes que trae esta nueva normativa.

### Royal Decree-Law on Procurement by Entities Operating in the Water, Energy, Transport and Postal Services Sectors

Book I of Royal Decree-Law 3/2020, of 4 February, repeals Law 31/2007, of 30 October, on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, introducing substantial amendments to the Spanish regulation of the procurement in such sectors. This article deals with the main aspects of the new law.

#### PALABRAS CLAVE

Ley de sectores excluidos, Contratación pública.

#### KEY WORDS

Law on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, Public procurement.

Fecha de recepción: 01-12-2019

Fecha de aceptación: 09-12-2019

### INTRODUCCIÓN

El 5 de febrero de 2020 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (“RDLSE”).

La contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, denominados “sectores excluidos”, se regula en el libro I.

Este libro transpone la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre adjudicación de contratos de concesión.

Se trata de la regulación de la contratación de las denominadas “entidades contratantes” a estos efectos: entidades del sector público que no sean Administración pública en el sentido del derecho de la contratación, empresas públicas y otras entidades distintas que tengan derechos especiales o exclusivos, cuando contratan en relación con los sectores excluidos.

El plazo de transposición de esta directiva había expirado ya el 18 de abril de 2016, lo cual explica

la naturaleza jurídica del instrumento legal escogido (real decreto-ley), dada la extraordinaria y urgente necesidad de acometer la transposición para evitar la condena al Reino de España por incumplimiento. El 20 de febrero de 2020, el Congreso convalidó el RDLSE, que pasó a tramitarse como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

La norma deroga la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (“Ley 31/2007”). De esta forma, se suma a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”) para configurar la contratación pública en España, lo que completa la transposición del paquete de directivas europeas en la materia.

El libro I del RDLSE —que, como se ha adelantado, contiene la nueva regulación de estas contrataciones— entró en vigor el 25 de febrero de 2020 en su práctica totalidad. Siguiendo las reglas de transitoriedad clásicas en contratación, se aplica a los expedientes de contratación que se inicien con posterioridad a su entrada en vigor. A estos efectos, se entiende que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato (o, en el caso de procedimientos negociados sin publicidad, la fecha de aprobación de los pliegos de condiciones). Los contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor del RDLSE se regirán —en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluidos su modificación,

duración y régimen de prórrogas— por la normativa anterior. No hay una referencia expresa en las transitorias a qué régimen se aplicará a los efectos de extinción de los contratos cuyo procedimiento de licitación se inició —sin llegar a adjudicarse— antes de la entrada en vigor del RDLSE.

El RDLSE mantiene, como su predecesor, un régimen menos estricto que el común de la contratación pública en relación con determinados aspectos de la ordenación de la actividad contractual de determinadas entidades del sector público en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales, al tiempo que impone normas jurídico-públicas de contratación a entidades del sector privado por razón de los derechos especiales o exclusivos de que disfrutaban.

La razón de ser de este régimen singular respecto del resto de la contratación pública se encuentra en que las autoridades nacionales siguen pudiendo influir en el comportamiento de las entidades que operan en estos sectores, además de que estas actividades se desenvuelven en mercados con un marcado carácter cerrado, puesto que los Estados miembros conceden derechos especiales o exclusivos para el suministro, puesta a disposición o explotación en redes para la prestación de estos servicios.

El RDLSE persigue tres objetivos declarados: que la regulación de la contratación en estos sectores garantice su apertura a la competencia, aclarar las normas vigentes en aras de una mayor seguridad jurídica y tratar *“de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES y todo ello garantizando la eficiencia en el gasto público y respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad, libre competencia, integridad o los principios de garantía de la unidad de mercado”*.

Se exponen a continuación algunas de las principales novedades introducidas por el RDLSE.

## DISPOSICIONES GENERALES

### Ámbito subjetivo y objeto

EL RDLSE se aplica a la contratación de los sectores excluidos, por parte de las denominadas “entidades contratantes”, que son:

- (i) los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública (concepto que se define por remisión a la LCSP);
- (ii) las empresas públicas (en el concepto tradicional de que un poder adjudicador pueda ejercer directa o indirectamente una influencia dominante sobre la empresa), así como
- (iii) otras entidades distintas de las anteriores que tengan derechos especiales o exclusivos, cuando estos sean concedidos por los órganos competentes de una Administración pública en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que, siendo compatible con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tenga como efecto limitar a una o más entidades el ejercicio de una actividad de los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales, y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades de ejercer dicha actividad.

Destaca, como novedad, que pasan a quedar excluidos del concepto de *“derechos especiales o exclusivos”* a estos efectos aquellos *“derechos que se hayan concedido mediante un procedimiento que haya sido objeto de una publicidad adecuada, con arreglo a criterios objetivos y que no contraenga el Derecho de la Unión”* (art. 6.2).

La Ley 31/2007 contenía un listado de personas jurídicas que, sin carácter exhaustivo, se consideraban “entidades contratantes”. Este listado ha desaparecido de la actual regulación, sin que pueda entenderse que solo por ello las entidades entonces enumeradas pierdan su condición a los efectos del RDLSE.

Como ha sido habitual en el régimen de la contratación de los sectores excluidos, la aplicación del RDLSE a los sujetos mencionados solo se produce cuando los contratos que celebren se refieran a las actividades enumeradas en los artículos 8 a 14 para los diferentes sectores.

La disposición adicional quinta del RDLSE señala que los contratos que, estando excluidos del ámbito de aplicación de este RDLSE, tengan por objeto las actividades del agua, energía, transportes y servicios postales *“serán adjudicados por las entidades pertenecientes al Sector Público con sujeción al régimen jurídico que en cada caso resulte de la disposición adicional octava de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”*. La contratación en estos sectores especiales por parte de las Administraciones públicas ya fue objeto de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico por la LCSP y se rige por esta norma.

A los contratos destinados a la realización de varias actividades en los que al menos una de ellas esté comprendida en el ámbito de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales se les aplicará el régimen jurídico de la actividad a la que se destinen principalmente. En el supuesto de que no fuera objetivamente posible determinar a qué actividad se destina principalmente el contrato, se aplicará la LCSP.

Asimismo, el RDLSE transpone la Directiva 2014/23/UE “en lo atinente a la licitación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios en los sectores de la energía, los transportes y los servicios postales, por parte de los poderes adjudicadores que no merezcan la consideración de Administración Pública, las empresas públicas, así como entidades distintas de las anteriores que tengan derechos especiales o exclusivos”, en los términos definidos al comienzo de este apartado.

Las cuantías de los contratos que determinan la aplicación de la norma se mantienen en general, con la novedad del umbral más elevado de 1.000.000 de euros (por razones que constan explicadas en la directiva) en los contratos de servicios sociales y otros servicios que el RDLSE enumera en su Anexo I. El resto de los contratos de servicios y suministros, así como los concursos de proyectos, tienen el umbral de 428.000 euros y los contratos de obras, de concesión de obras y de concesión de servicios, de 5.350.000 euros. En el objeto, se han mantenido las definiciones similares a las que enumeraba la Ley 31/2007, con algunos añadidos, entre los que destaca la introducción de las definiciones de “obra” y “riesgo operacional” con los mismos significados que ahora define la LCSP.

### **Ámbito objetivo. Descripción de los sectores y actividades excluidos**

En este aspecto, el RDLSE presenta novedades respecto de la Ley 31/2007, dado que se esmera en relacionar aquellos contratos que no quedan dentro de su órbita de aplicación.

Mientras que las definiciones de “agua”, “gas y calefacción” y “electricidad” no cambian, las de “transporte”, “servicios postales” y “prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos” sí sufren algunas modificaciones que aparentemente se justificarían por razones de técnica legislativa.

El nuevo artículo referido a los servicios de transporte (artículo 11) introduce en la definición de las

condiciones operativas que fija la autoridad competente, junto con los itinerarios, la capacidad del transporte disponible y la frecuencia —que ya constaban en la redacción anterior de la norma—, la puntualidad del servicio, sus infraestructuras, sus vehículos y combustibles, y la incorporación en el transporte de los sistemas inteligentes de transportes (ITS), entre otros. Además, se añade un nuevo artículo (que antes se incluía en el relativo a prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles) sobre puertos y aeropuertos, de manera que el RDLSE mejora su sistemática al hacer referencia en un artículo independiente a las actividades de explotación de una zona geográfica determinada con el fin de poner aeropuertos, puertos marítimos o interiores, u otras terminales de transporte a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales.

Desaparece la referencia concreta a los servicios de transporte en autobús cuando hay competencia, pues se incardina en la exclusión general que ahora realiza el RDLSE, a la que nos referiremos en el siguiente apartado.

En el caso de los servicios postales, se mejora la redacción del precepto sin que se aprecie un cambio sustancial de contenido.

En el caso del precepto relativo a la prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, a pesar de que en el título del artículo se mantiene la terminología tradicional, cuando se refiere a petróleo o gas desaparece del texto de la definición la prospección, de manera que solo se incluye la extracción. En el caso del carbón u otros combustibles sólidos, sí se mantienen las dos finalidades: prospección o extracción. La exclusión de la contratación con fines de prospección de petróleo y gas se justificaba en la directiva por el hecho de ser un sector sometido a tal presión competitiva que no se considera necesaria la disciplina que aportan las normas de contratación de la Unión.

### **Exclusiones**

El RDLSE ha desarrollado de manera extensa y precisa los supuestos a los que no resulta de aplicación.

Con carácter general, y dado el sentido de la existencia de esta norma, el RDLSE no se aplica si una actividad está directamente sometida a la competencia en mercados cuyo acceso no esté limitado, ni tampoco es aplicable a los concursos de proyectos

de tal actividad. La exclusión de la actividad requiere acudir a los requisitos y el procedimiento establecidos en los artículos 34 y 35 de la Directiva 2014/25/UE. Este procedimiento para la declaración de una actividad y consiguiente inaplicabilidad del RDLSE puede iniciarse a solicitud de cualquier entidad contratante.

Igualmente, quedan fuera de la aplicación de la norma los contratos que se adjudiquen por las entidades contratantes para fines distintos de la realización de las actividades enumeradas en los artículos 8 a 14 en los sectores de agua, transporte, energía y servicios postales, o cuando estas actividades se hagan en un país tercero en circunstancias que no supongan la explotación física de una red o de un área geográfica dentro de la Unión Europea, y los concursos de proyectos organizados para tales fines. También se excluyen los contratos que se adjudiquen a efectos de reventa o arrendamiento financiero a terceros, siempre que se puedan revender o arrendar libremente en competencia. En ambos casos, la inaplicación del RDLSE requiere comunicación a la Comisión Europea.

También se excluyen los contratos de concesión de servicios de lotería, de transporte aéreo basados en la concesión de una licencia de explotación o los relativos a servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y por carretera, entre otros.

A continuación, la norma ha dividido las exclusiones que se encontraban anteriormente en un solo precepto para los ámbitos del agua y la energía, y las exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios y de concesiones de servicios, así como las inaplicaciones a los contratos y concursos de proyectos relacionados con el ámbito internacional, contratos de servicios adjudicados sobre la base de un derecho exclusivo y contratos con empresas asociadas y con empresas conjuntas.

Como novedad, se incorpora un nuevo artículo destinado a declarar la inaplicabilidad del RDLSE a los ámbitos de la defensa y la seguridad para coordinar esta regulación con la aprobada por la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad.

También en la órbita de las exclusiones se regulan los encargos a medios propios para las entidades contratantes que sean poderes adjudicadores de cara a ejecutar de manera directa prestaciones propias, que se remiten al artículo 32 de la LCSP.

Finalmente, se excluyen los convenios entre entidades contratantes que sean poder adjudicador, siempre que

no entren dentro de la categoría de alguno de los contratos específicamente regulados por el RDLSE.

## Principios

De la misma forma que la LCSP, el RDLSE introduce los nuevos principios de la contratación de la siguiente forma: *“En toda contratación sujeta a este real decreto-ley se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como, en su caso, una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”*.

Lo anterior se refuerza con un mandato a las entidades contratantes para que adopten las medidas adecuadas para garantizar que, en la ejecución de los contratos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión Europea, en el derecho nacional, en los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral que vinculen a España.

Por primera vez se hace mención a los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación, con una remisión al artículo 64 de la LCSP y haciendo especial énfasis en la lucha contra el fraude, el favoritismo y la corrupción.

Se mantienen, además, los tradicionales principios de la contratación administrativa (de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, de transparencia y de libre competencia).

## CAPACIDAD Y CLASIFICACIÓN DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS

### Prohibiciones de contratar

El RDLSE amplía el ámbito de aplicación de las prohibiciones de contratar e incorpora, con adaptaciones, reglas propias de la LCSP.

Se actualiza así el régimen de prohibiciones en el ámbito de los sectores excluidos, que —a diferencia del contenido en la LCSP— no se había visto afec-

tado por la reforma de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

La Ley 31/2007 circunscribía la aplicación de los supuestos de prohibición de contratar a los organismos de derecho público y a las empresas públicas. El RDLSE impone ahora su aplicación a todas las entidades contratantes, definición que, según se ha expuesto, abarca a los poderes adjudicadores que no sean Administración según la LCSP y a las empresas públicas, y también a otras entidades que tengan derechos especiales o exclusivos en los términos del artículo 6 del RDLSE.

Se establecen las siguientes reglas específicas para los supuestos en los que se den las circunstancias que pueden dar lugar a una prohibición de los artículos 71.1.e) o 71.2 de la LCSP:

(i) el procedimiento y los efectos de la declaración de prohibición se regirán por los artículos 72 y 73 de la LCSP;

(ii) la competencia para declarar la prohibición corresponderá:

- en el caso de entes del sector público, al titular del departamento, presidente o director del organismo al que esté adscrita o del que dependa la entidad o al que corresponda su tutela o control, tal y como prescribe el artículo 72.4 de la LCSP; y

- si se trata de entes con derechos especiales o exclusivos, al titular del departamento presidente o director del organismo que hubiera concedido estos derechos a la entidad contratante (sin perjuicio de lo que establezcan para las Comunidades Autónomas sus normas respectivas).

### Clasificación de contratistas

Se mantienen los sistemas de clasificación de contratistas como mecanismos para simplificar el procedimiento y facilitar la selección del contratista, aunque con algunos matices y precisiones respecto de la regulación precedente. No obstante, su establecimiento sigue siendo potestativo para las entidades contratantes.

## PREPARACIÓN Y DOCUMENTACIÓN DEL CONTRATO. PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN

El RDLSE traslada a los sectores excluidos muchas de las exigencias y reglas de la preparación y confi-

guración de los contratos que ya están plenamente integradas en la contratación pública ordinaria regulada por la LCSP. Destacan las siguientes:

### Consultas preliminares del mercado

En los mismos términos en que ya se introdujo en la LCSP, las entidades contratantes en los sectores excluidos podrán, en la fase de preparación de la licitación, realizar consultas en el mercado para definir correctamente el objeto del contrato, sin que la participación en la consulta impida necesariamente al operador económico presentar oferta en la posterior licitación.

Para mayor detalle, puede consultarse el comentario de la *newsletter* sobre la LCSP: <https://www.uria.com/documentos/circulares/941/documento/7153/Novedades-LCSP.pdf?id=7153> (página 11).

### Procedimientos de adjudicación

El RDLSE mantiene como procedimientos ordinarios de adjudicación el abierto, el restringido y el negociado (que pasa a denominarse “licitación con negociación”), y desarrolla de forma significativa la regulación que les resulta aplicable. Además, se introducen dos nuevas modalidades: el diálogo competitivo y la asociación para la innovación.

(i) En el diálogo competitivo, la entidad contratante entabla con los participantes seleccionados un diálogo para determinar y definir los medios más idóneos para satisfacer sus necesidades, sobre la base de un documento descriptivo (que no pliego de condiciones). Durante el diálogo, se pueden debatir todos los aspectos de la contratación con los participantes seleccionados.

(ii) Al igual que en la LCSP, el nuevo procedimiento de asociación para la innovación está previsto para necesidades que no puedan satisfacerse mediante las soluciones disponibles en el mercado. La finalidad de la asociación es desarrollar esos productos, servicios u obras innovadores y eventualmente su ulterior compra.

Se impone a las entidades contratantes la obligación general de motivar en el expediente la elección del tipo de procedimiento, sin que la norma circunscriba expresamente esta obligación de motivar a una o varias modalidades procedimentales en particular.



### Criterios de adjudicación

La nueva regulación de los criterios de adjudicación y cómo deben aplicarse reproduce, en lo sustancial, la contenida en la LCSP.

El principio de “*oferta económica más ventajosa*” se ve sustituido por el de “*mejor relación calidad-precio*”, que a su vez pivota sobre criterios de dos tipos: los económicos y los cualitativos.

Las mejoras (prestaciones adicionales al proyecto y al pliego) no podrán tener asignada una valoración superior al 2,5 % de la puntuación.

### Otras nuevas exigencias y reglas, también análogas a las contenidas en la LCSP

Otras de las novedades más remarcables son las siguientes:

- (i) La regulación específica de los requisitos mínimos de solvencia que licitadores y candidatos deben reunir, así como del objeto, contenido mínimo y plazo de duración de los contratos.
- (ii) La necesidad de que conste en la documentación preparatoria la naturaleza y extensión de las necesidades para contratar, y la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas.
- (iii) La obligada publicación en los pliegos de la información sobre personal subrogable —si lo hubiera— y la adición de nuevas reglas para la definición de las prescripciones técnicas.
- (iv) El desglose del presupuesto base de la licitación en los conceptos que marca la norma por quienes ostenten la condición de entes del sector público.
- (v) La implantación obligatoria de la contratación electrónica (salvo que concurra alguna de las excepciones expresamente previstas, las notificaciones y comunicaciones deberán practicarse por medios exclusivamente electrónicos, incluyéndose en esta obligación el proceso de presentación de las ofertas).
- (vi) El cumplimiento de los requisitos relativos a capacidad, solvencia y criterios de selección cualitativos pasa a acreditarse —preliminarmente, en el momento de presentación de ofertas o solicitudes de participación— por una declaración responsable conforme al formulario de documento europeo único de contratación (el famoso “DEUC”). Este formulario nor-

malizado ya se venía utilizando en licitaciones de sectores excluidos, al venir impuesto por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016.

### EJECUCIÓN Y EXTINCIÓN

En línea con el cambio introducido por el legislador en la LCSP, la ejecución de los contratos se liga al fomento de determinados aspectos que la norma pretende que las entidades contratantes incorporen, tales como consideraciones sociales, éticas, laborales, medioambientales y de innovación y desarrollo.

Se trata de lo que la exposición de motivos denomina “contratación estratégica”, concepción de la contratación que pretende ir más allá de la mera adquisición de bienes, servicios u obras, para cumplir un fin “social”, en su acepción más amplia. A modo de ejemplo, el artículo 105 obliga a que se incluya en los pliegos alguna condición especial de este tenor. También se asocian penalidades al incumplimiento de dichas condiciones.

Como sucedía en la anterior normativa, los efectos y extinción de los contratos suscritos con sujeción al RDLSE se rigen por derecho privado, con la excepción de lo indicado sobre condiciones sociales y de las normas que se mencionan a continuación en relación con la subcontratación y modificación, que son novedosas.

### SUBCONTRATACIÓN

Otra novedad relevante aparece en relación con la subcontratación, en el artículo 107, que ha hecho desaparecer el límite del 60 % del importe de adjudicación del contrato como supletorio en defecto de previsión de otro límite por el pliego. Este cambio se debe a la incorporación del criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia Wroclaw, de 14 de julio de 2016.

La STJUE tenía por objeto la interpretación del artículo 25 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005. El precepto señalaba que “*en el pliego de condiciones, el poder*

*adjudicador podrá pedir o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir al licitador que mencione en la oferta la parte del contrato que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos*".

La cuestión se suscita porque en el seno de una contratación pública se imponía, entre las cláusulas del pliego de condiciones, que el operador económico realizara con sus propios recursos al menos el 25 % de las obras objeto del contrato, es decir, que se limitaba la subcontratación. El TJUE concluye que la mención del artículo 25 de la directiva no ampara la imposición de un porcentaje que represente un límite a la subcontratación. Por tanto, debe interpretarse en el sentido de que un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras.

Adicionalmente, se regulan los pagos a subcontratistas y suministradores, la posibilidad de pagos directos a los subcontratistas cuando así lo hubieran previsto los pliegos y se cuente con la conformidad del contratista principal, y la comprobación de los pagos por parte de las entidades contratantes, que se regula en forma análoga a la contenida en la LCSP, de manera que esta comprobación de pagos será obligatoria en determinados contratos.

Además, las condiciones de ejecución que se impongan al contratista serán exigibles respecto del subcontratista.

## MODIFICACIÓN

Se introducen por primera vez limitaciones a las modificaciones. Siguiendo la regulación de la LCSP, se permiten las modificaciones previstas en los pliegos y, excepcionalmente, cuando sea necesario, bajo ciertas condiciones (que la modificación se encuentre debidamente justificada en los supuestos que la norma recoge, incluyendo la limitación de la alteración de la cuantía que no exceda —aislada o conjuntamente con otras modificaciones— del 50 % del precio inicial, IVA excluido, y que se limite a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que haga necesaria la modificación). También se definen las modificaciones sustanciales de modo análogo a la LCSP.

Se exige, como garantía, la publicación de un anuncio de modificación y de las alegaciones e informes recabados.

Se introduce la posibilidad de resolver los contratos, durante su vigencia, cuando no se den los requisitos legalmente establecidos que permitan su modificación, pero esta fuera necesaria.

Se impone una autorización, previo dictamen del Consejo de Estado, del Ministerio de tutela o adscripción de la entidad contratante, para modificaciones no previstas superiores al 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido, en el caso de que afecten a contratos de entidades contratantes pertenecientes al sector público.

## INVALIDEZ

Se actualiza la normativa para introducir la misma regulación de la LCSP en esta materia, con la novedad de que se permite el arbitraje.

Entre las causas de nulidad se incluye ahora también el incumplimiento grave de derecho de la Unión Europea, previo pronunciamiento en este sentido del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Entre las causas de anulabilidad se incorporan el incumplimiento de las circunstancias y requisitos exigidos para la modificación de los contratos, la realización de encargos para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios o la celebración de contratos con empresas asociadas o conjuntas cuando no se cumplan los requisitos para ello.

## RECLAMACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

La regulación de las reclamaciones en los procedimientos de adjudicación de los contratos en los sectores excluidos queda con un contenido similar al del recurso especial de la LCSP.

La clarificación del amplio elenco de actuaciones susceptibles de reclamación (*e. g.*, pasan a ser también reclamables las modificaciones del contrato o los encargos a medios propios) permite augurar, al igual que sucedió en la contratación pública ordinaria, un incremento de la litigiosidad en los sectores especiales. Desaparece la cuestión de nulidad.

## ARBITRAJE

Tal y como hemos señalado, se hace posible recurrir al arbitraje en derecho conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de

Arbitraje, para la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, el cumplimiento y la extinción de los contratos, independientemente de su cuantía.

El RDLSE no especifica directamente que la cláusula arbitral deba constar en los pliegos, pero se deduce así de la previsión que hace en el artículo 123, apartados 2 y 3.

### **FLEXIBILIZACIÓN DEL CONTRATO MENOR DE LA LCSP**

Por último, pero no por ello menos relevante, el RDLSE da una nueva redacción al artículo 118 de la LCSP. La nueva redacción termina con uno de los elementos que mayor debate y más dudas interpretativas había venido generando desde la promulgación de la LCSP en 2017: la prohibición de suscribir con un mismo contratista contratos menores cuyo valor —individual o conjuntamente— supe-

rase los umbrales de la contratación menor (15.000 euros en servicios y suministros y 40.000 euros en obras). Esta exigencia desaparece de la LCSP.

Esto supone regresar al régimen anterior a la LCSP, puesto que se mantiene la tradicional prohibición de fraccionamiento fraudulento (cuando sea con el fin de evitar la aplicación de un régimen más exigente de contratación) de los contratos.

Los contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores también han experimentado una cierta flexibilización. Cuando su valor estimado no supere los 5000 euros, su tramitación quedará exceptuada de la obligación (plenamente operativa en el resto de los contratos menores) de contar con un informe del órgano de contratación en el que se justifique de manera motivada la necesidad del contrato y que su objeto no se está alterando fraudulentamente.

**ALICIA SEGOVIA MARCO Y ELENA PICÓ BARANDIARÁN (\*)**

---

(\*) Consultora y abogada, respectivamente, del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Londres y Bilbao).