



INFORME 20/2019, DE 25 DE OCTUBRE, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OBJETO: PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO DE DESARROLLO DE LA LEY DE PATRIMONIO DE EUSKADI

I.- ANTECEDENTES.

El Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi (en adelante, LPE), aprobado por Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, contiene en su Disposición Final Octava, la habilitación para el desarrollo reglamentario de dicha ley.

A lo largo de estos doce años de vigencia del texto refundido, se ha visto la necesidad de concretar técnicamente algunas previsiones de la Ley, como las relativas al Inventario General de Bienes y Derechos, a los bienes muebles perecederos o no aptos para el servicio, a los bienes de dominio público cuando su uso reviste poca entidad, etc.

Además, es imprescindible la adaptación a los cambios legislativos producidos en dichos años, entre los que destacan, en lo procedimental, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en lo sustantivo, la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco, que dispone la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma, o la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda, que crea el Patrimonio Público de Suelo de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Por todo ello, se ha elaborado el proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Patrimonio de Euskadi que se pasa a examinar a continuación.

II. – CONSIDERACIONES PREVIAS.

COMPETENCIA PARA EMITIR INFORME.

El artículo 11 de la Ley 8/2003 de 22 de diciembre, del procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general, dicta que los informes preceptivos y los dictámenes de los órganos consultivos se solicitarán en el momento y en la forma que determinen las disposiciones que regulan dicho trámite.

La Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el proyecto de la norma de referencia, por tener ésta incidencia sobre la contratación pública, con base en lo dispuesto en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que dicta:

“Artículo 27.- Funciones consultivas.

En el ejercicio de la función consultiva, corresponde a la Junta Asesora de Contratación Pública las siguientes actuaciones:

a) Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos:

1.- Los proyectos o anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación pública o que incidan en dicho ámbito, cuya aprobación sea competencia del Consejo de Gobierno o de los Consejeros y Consejeras del mismo.

...”

Dado que se trata de un proyecto de disposición que no tiene por objeto la creación de entidades del sector público ni la regulación de las estructuras orgánicas y funcionales de las entidades de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 116/2016, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora.

III. – CONTENIDO.

El proyecto de Decreto consta de:

- Una Parte Expositiva.

- Una Parte Dispositiva:

Título I. Disposiciones Generales.

Título II. Protección y defensa del Patrimonio.



Título III. Adquisición de bienes y derechos.

Título IV. Afectación, adscripción y mutación demanial.

Título V. Autorizaciones y concesiones demaniales.

Título VI. Enajenación y otras formas de disposición sobre bienes de dominio privado.

Título VII. Patrimonio empresarial.

Título VIII. Convenios con entidades del sector público.

Una Disposición Adicional, una Transitoria, una Derogatoria y dos Finales.

IV.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

No debe olvidarse que nos encontramos ante un proyecto de desarrollo reglamentario, por lo que muchos de los conceptos e incluso términos propiamente dichos que utiliza, más o menos rigurosos o actualizados desde el punto de vista que ocupa a este informe, obedecen a la ley que desarrolla, por lo que las observaciones aquí vertidas deberán en muchos casos modularse en atención a ello.

Partiendo de ello, los títulos I y II del proyecto de Decreto no presentan mayor problema desde el punto de vista de la contratación pública.

En el Título III, sin embargo, sí conviene hacer algunas precisiones terminológicas o de matiz en su capítulo II, que lleva por título "De las disposiciones sobre adquisiciones a título oneroso".

Así, el artículo 43, sobre "Régimen jurídico" de dichas disposiciones a título oneroso, apartado 1, si bien responde a la Ley autonómica e incluso a la estatal de Patrimonio, dice que adquisición de bienes y derechos a título oneroso por las entidades del artículo 1 puede realizarse "en virtud de contrato, convenio y demás negocios jurídicos". Parece que cualquier adquisición puede hacerse a través de cualquiera de los mencionados negocios jurídicos, cuando ha venido siendo cuestión muy discutida –y hoy ya pacífica– que pudiesen adquirirse bienes o derechos a título oneroso a través de convenio, y sólo muy excepcionalmente mediante cualquier otro negocio jurídico que no sea un contrato. Se sugiere que se dé otra redacción al apartado, incidiendo en que en cada caso debe quedar perfectamente definido el negocio jurídico que procederá. Está además redactado de un modo tan amplio que no se indica que ciertos bienes deben adquirirse por contrato administrativo, ni siquiera patrimonial. A este respecto, nos pronunciaremos más abajo sobre un posible deslinde a hacer en este artículo, cuando nos refiramos a las relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos de la normativa de contratos del sector público en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial.

El artículo 46, sobre "Reglas de capacidad", dicta lo siguiente:

"Las entidades previstas en el artículo 1 pueden celebrar negocios jurídicos patrimoniales de adquisición de bienes y derechos con todas aquellas personas que tengan, además de la capacidad general para contratar, la específica exigida para el concreto negocio jurídico de que se trate y no se hallen incursas en causa de prohibición o incompatibilidad para contratar con el sector público."

Ha de señalarse que el artículo 9 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) tiene el siguiente tenor:

"Artículo 9. Relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial.

1. Se encuentran excluidas de la presente Ley las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

2. Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial. En estos contratos solo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el artículo 34.2."

Ha de aclararse que el artículo 14 de la propia LCSP que menciona es el relativo al contrato de concesión de obras.

Pues bien, este deslinde de negocios jurídicos del artículo 9 LCSP es el que sugerimos se aplique también a la regulación del artículo 43 del futuro Decreto, y, por otro lado, dado que se excluyen de la LCSP las autorizaciones, concesiones y la mayoría de negocios jurídicos de adquisición y enajenación de bienes demaniales y patrimoniales, se reflexione sobre la extrapolación al ámbito patrimonial de las prohibiciones de contratar recogidas en



la LCSP. Dichas prohibiciones, recogidas en los artículos 71 a 73 de la LCSP, están reguladas de manera que se aplican de forma estricta, según cada caso, sector público al que se extiendan, e incluso sólo a determinado órgano de contratación, por un tiempo limitado, ... Parece que la intención del legislador ha sido que se interpreten de manera si no estricta sí bastante restrictiva, y extender su aplicación a negocios que expresamente han sido excluidos de la propia LCSP parece que debería ser objeto de una profunda reflexión que excede del contenido de este informe al entroncar con materia penal, sancionadora y constitucional, principio de legalidad y restricción de derechos, por lo que se recomienda que sea tratada en el informe jurídico sobre el proyecto de Decreto.

Abundan en esta propuesta la exclusión de la LCSP que de los convenios hace el artículo 6 de la misma, y que el artículo 26 también de dicha Ley dice que los contratos privados –y a ellos hace referencia el artículo 9.2 arriba citado- se regirán por el derecho privado en cuanto a sus efectos, modificación y extinción. Dado que algunas de las prohibiciones de contratar se pueden imponer con motivo de la ejecución y vicisitudes del contrato, esto también debe ser tenido en cuenta a la hora de valorar la extensión del régimen de las prohibiciones de contratar a otros ámbitos que no sean los que marca la LCSP.

El artículo 47 del proyecto de Decreto dice que “Como regla general, la adquisición de bienes y derechos se realizará mediante procedimiento de concurrencia, con adjudicación a la oferta con la mejor relación calidad-precio, de conformidad con lo previsto en la normativa de contratación de las administraciones públicas.”

En varias ocasiones a lo largo del proyecto aparece la mención a la normativa de contratación “de las administraciones públicas”. Dado que dicha normativa es fundamentalmente ahora la LCSP, es más correcto hablar de normativa de contratos “del sector público”.

Las excepciones a la regla general aparecen en el apartado 2 de este artículo 47, y si bien son reflejo de las contenidas en la LPE, se recomienda sean alegadas con mesura, ya que –en atención a la analogía con la contratación administrativa que preside todo este capítulo II del Título III del proyecto- algunas de ellas son tan vagas o genéricas que permitirían la adquisición o arrendamiento directo casi en todo caso. Así, por ejemplo, la “peculiaridad de la necesidad a satisfacer”, “las condiciones de mercado”, “la especial idoneidad del bien”, ...

Y el apartado 3 defiende también la adquisición o el arrendamiento directo cuando se trate de contratos menores (se entiende, patrimoniales), “entendiéndose como tales, aquéllos cuya cuantía, incluida la correspondiente a las prórrogas, no exceda de treinta mil euros”. Se recomienda indicar claramente si dicho importe incluye o no el Impuesto sobre el Valor Añadido.

El artículo 48 se denomina "Mesa de Contratación", y la configura de manera análoga a la que establece la LCSP en sus artículos 146 y 326 y el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi (DCCAE, en adelante) en su artículo 8. Sin embargo, es menos garantista y otorga la Presidencia de la Mesa a la persona titular del órgano competente para acordar la adquisición o persona en quien delegue, permite la válida constitución sólo con las figuras de presidencia y secretaría, ... Por ello se recomienda en términos generales sustituir los apartados 2 al 5 por una remisión a la normativa de contratos del sector público.

Posteriormente, el artículo 50, sobre el expediente para la adquisición de la propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, en el primer párrafo de la letra c) de su apartado 2, exige que si la adquisición se efectúa mediante procedimiento de libre concurrencia, deberá incorporarse al expediente "el pliego de bases o documento equivalente...". No se determina el carácter de tal pliego, pero por las referencias posteriores, parece que comprende tanto consideraciones administrativas como de contenido o técnicas, por lo que se sugiere que así se especifique en este artículo.

En el apartado 3 del artículo 50 conviene nuevamente recordar que en los contratos menores ha de indicarse si los treinta mil euros comprenden o no el IVA.

El artículo 51, "Procedimiento de adquisición mediante concurrencia", que incluye exigencia de anuncio en el "perfil del contratante" (el nombre legal es perfil "de" contratante), exige que dicha publicación se haga teniendo en cuenta "los plazos mínimos fijados por la normativa de contratación de las administraciones públicas" (reiteramos que ha de ser "del sector público"; revítese a lo largo de todo el proyecto). Indica también un contenido mínimo del anuncio. Pues bien, entendemos que en todo ellos sería más sencillo y también riguroso remitirse a la normativa de contratación del sector público en sustitución de los párrafos segundo y tercero del apartado 1.

Asimismo, el primer guión de la letra a) del apartado 2, sobre contenido del primer sobre a presentar, también podría remitirse a dicha normativa. Y en el tercer guión valorar la necesidad de seguir manteniendo la garantía provisional, en desuso ya en la contratación pública.

La letra b) del apartado 2 habla de la documentación a incluir en el segundo sobre. Sólo trata de la proposición económica, pero dado que puede haber otros criterios de adjudicación, como indica el 50.2.c) en su tercer párrafo, se advierte de que debe indicarse dónde debe incluirse la documentación referida a ellos, y tenerlo en cuenta en el resto del procedimiento (aperturas, verificaciones, informes, etc.).



En relación con todo ello, debe señalarse que la tramitación que en todo momento propone el texto obedece al formato papel, no a una tramitación electrónica como corresponde al mandato de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Se invita a tener esto en cuenta y se abra la terminología "sobre" a términos electrónicos, como bandeja, fichero, sobre electrónico, etc., dejando constancia de que el ámbito patrimonial está especialmente abierto a la ciudadanía (personas físicas que no tienen obligación legal de relacionarse electrónicamente con la Administración).

Por otro lado, los apartados 4 al 8 de este artículo 51 también podrían remitirse a la normativa de contratación del sector público, pues se habla incluso de la "Mesa de contratación" que es un término muy específico y regulado por el DCCAE en su artículo 8, como mencionábamos más arriba. O hablar si no de una mesa de contratación "patrimonial", para distinguirlas.

En el artículo 55.3 volvemos a insistir en la consideración o no del IVA en la cuantía de los contratos menores.

En el artículo 58, sobre el arrendamiento, apartado 3 dice:

"3. En el caso de que el contrato se haya celebrado tras un procedimiento de concurrencia, la modificación no podrá implicar un cambio sustancial de las condiciones establecidas en el pliego de bases o documento equivalente por el que se rigió el procedimiento."

Se recomienda precisar en qué consiste un cambio sustancial, para lo que puede servir de orientación el tenor del artículo 205, apartado 2, letra c) de la LCSP.

El artículo 60 del proyecto de Decreto dice:

"1. La adquisición a título oneroso de bienes que tengan la consideración legal de contrato de suministro se registrará por lo establecido para este tipo de contratos en la normativa de contratación de las administraciones públicas.

2. En cuanto no sea incompatible, será de aplicación a la adquisición de bienes muebles lo establecido en esta norma para la adquisición de inmuebles y derechos sobre los mismos."

La normativa es la del sector público, reiteramos, pero sobre todo ha de reflexionarse sobre el sentido del apartado 2, ya que la adquisición de bienes muebles es contrato de suministro por definición legal (artículo 16 LCSP), por lo que no se entiende a qué supuestos podría aplicarse la normativa del reglamento sobre adquisición de inmuebles. Se recomienda otra redacción de este apartado, la concreción de algún supuesto concreto

que pudiera escapar a la regulación del contrato de suministro, o de otro modo incluso suprimir este apartado.

La sección 5ª del capítulo II versa sobre la adquisición de derechos de propiedad incorporal. Dentro de la misma, el artículo 61 establece la competencia para acordar la adquisición, el 62 el procedimiento, y el 63 régimen jurídico. En todos ellos debe recordarse el apartado 2 del artículo 9 LCSP, transcrito más arriba, según el cual no quedan excluidos de la LCSP, ni por tanto de lo que se refiere al órgano de contratación, el procedimiento y régimen jurídico, aquellos negocios jurídicos sobre propiedades incorpóreas "que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios". Los contratos patrimoniales, además, no deben incluir prestaciones propias de los contratos típicos de la LCSP (obras, servicios, las concesiones de ambos, suministro y mixtos) si el valor estimado de las mismas no supera el 50% del negocio y además tienen vinculación y complementariedad con las prestaciones patrimoniales en los términos del 34.2 LCSP ("... que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante."

También el apartado 4 del artículo 63 del proyecto de Decreto, que permite "la elección de la forma jurídica de convenio" para estas adquisiciones nos parece que debería matizarse dado que siendo onerosas y habiendo un carácter sinalagmático, parece difícil que pueda darse esa elección.

No hay observaciones que realizar a la totalidad del Título IV, de afectación, adscripción y mutación demanial, por lo que seguimos avanzando hacia el Título V, de autorizaciones y concesiones demaniales.

Como hemos visto, dichas autorizaciones y concesiones están excluidas de la LCSP por su artículo 9. Sólo el contrato de concesión de obras debe quedar regulado por dicha Ley, concretamente por su artículo 14.

En el capítulo III de este Título V del futuro Decreto, que versa sobre el procedimiento de otorgamiento directo de las autorizaciones y concesiones demaniales, nos encontramos con –segundo párrafo de la letra a) del apartado 2 del artículo 98 (autorizaciones para uso de bienes demaniales no superior a treinta días o para conferencias, seminarios y supuestos puntuales)- la extensión a este ámbito de las prohibiciones de contratar previstas en la normativa de contratación del sector público (insistimos en la referencia al sector público), por lo que reiteramos lo apuntado más arriba respecto al artículo 46 del proyecto de Decreto.

Y exactamente lo mismo ocurre con lo exigido en el segundo párrafo del apartado 1 del artículo 99, sobre el otorgamiento directo de concesiones.

Ya en el Título VI, "Enajenación y otras formas de disposición sobre bienes de dominio privado", el capítulo I regula el "Procedimiento de adjudicación en régimen de concurrencia de los actos de disposición onerosa", y dentro del mismo, el artículo 104 dice que la adjudicación podrá efectuarse mediante subasta o concurso. La terminología deviene de la Ley de Patrimonio del Estado, pero estos términos en la normativa de contratación del sector público no se utilizan ya, conviene simplemente apuntarlo.

Lo que resulta más problemático es la regulación que el artículo 105 hace de la "Mesa de contratación". Nos remitimos a lo señalado respecto al artículo 48 y la conveniencia de remitirse a la regulación de las mesas de contratación en la normativa de contratación del sector público. Y se sugiere que se añada siempre la coletilla de mesa de contratación "patrimonial", "demanial" o lo que corresponda.

En cuanto al anuncio de convocatoria, artículo 107, debemos señalar que las referencias al perfil del contratante deben hacerse en todo el Decreto al perfil DE contratante, pues esa es su denominación legal. Y respecto a la publicación que regula el apartado 2, conviene que se ajuste la referencia a los procedimientos abiertos de la normativa de contratación del sector público, pues los plazos difieren si se trata de un procedimiento abierto de contrato sometido o no a regulación armonizada, simplificado o no, e incluso "supersimplificado", difieren también según se trate de obras, servicios, suministro, concesiones, ...

Respecto al artículo 108 volvemos a insistir en lo señalado sobre la aplicación extensiva de las prohibiciones de contratar, y en el hecho de que se permita la presentación de proposiciones en papel, esto ya no es legalmente viable. El único medio ha de ser la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi que señalan y de acuerdo con su sistema de presentación en sobres electrónicos.

En el artículo 109, de licitación, habla de la constitución de la Mesa de contratación, contradiciendo el quórum que marca el artículo 105, y el artículo 17, apartado 2, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Volvemos a proponer que se remita a la normativa de contratación del sector público para evitar estos desajustes y duplicidades. Y esto podría aplicarse a todos los apartados del artículo 109, evitando así por ejemplo la ausencia de plazo del requerimiento del apartado 4, entre otras cosas.

Nada más hay que señalar hasta el examen del Capítulo IV (“Autorización puntual de utilización de bienes o derechos”), donde nuevamente aparece la referencia a la ausencia de causas de prohibición de contratar (artículo 125).

V.- CONCLUSIONES.

El contenido del proyecto de Decreto, en aquellos aspectos analizados relativos a la contratación del sector público, observa en líneas generales la legislación y resto de normativa de contratación del sector público y la relativa al régimen jurídico del sector público.

Dicho lo cual, y dado que se han hecho varias recomendaciones sobre el texto del proyecto, esperando se atiendan las precisiones y observaciones aquí vertidas, se informa favorablemente el proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de Patrimonio de Euskadi.