

Modificaciones de la Ley de Contratos del Sector Público introducidas por la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para el 2018

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de GA_P

La Ley de Presupuestos Generales del Estado para el 2018 ha introducido ya dos modificaciones en la reciente Ley de Contratos del Sector Público: se flexibiliza la aplicación del límite de que los medios propios no puedan subcontratar más del 50 % de la cuantía del encargo y se excepcionan los límites cuantitativos que permiten acudir a los contratos menores para los celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Cuando aún no habían transcurrido cuatro meses desde la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (el pasado 9 de marzo), la Ley 6/2018, de 3 de julio (BOE núm. 161, de 4 de julio), de Presupuestos Generales del Estado, ha introducido ya las primeras modificaciones en su articulado.

Esta modificación de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) resulta, a nuestro juicio, contraria a la doctrina del Tribunal Constitucional que limita el posible contenido de las leyes de Presupuestos, dado su especial procedimiento de tramitación, a materias que guarden una relación directa con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos (SSTC 63/1986 y 65/1990), exigiendo, además, que exista «una relación funcional directa de las normas del texto articulado con los estados de ingresos y gastos, como “complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del presupuesto y, en general, de la política económica del

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Gobierno”» (SSTC 76/1992 y 237/1992, entre otras). Curiosamente, la exposición de motivos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado reitera esta doctrina, pero claramente la incumple en esta materia: ninguna relación se aprecia entre la regulación de los encargos a medios propios o de los contratos menores y las previsiones de ingresos y de gastos para el 2018.

Dos son, en concreto, las modificaciones que la Ley de Presupuestos introduce en la Ley de Contratos del Sector Público, que pasamos a exponer:

1. Se flexibiliza el límite de que los medios propios no puedan subcontratar más del 50 % de la cuantía del encargo

Entre otras novedades en materia de encargos a medios propios o contratación *in house*, la Ley 9/2017 introdujo un límite cuantitativo general a la subcontratación por el medio propio (hasta entonces, únicamente algunos de ellos tenían fijados en su normativa reguladora límites de este tipo) de forma acorde con el requisito, introducido en su artículo 32.2d, de que acredite que dispone de los medios necesarios para ejecutar los encargos de conformidad con su objeto social¹. La finalidad de este requisito es evitar que el ente instrumental tenga que recurrir en exceso, por carecer de los medios necesarios para llevar a cabo el encargo, a la subcontratación, pudiéndose dar por esta vía situaciones de fraude de la legislación de contratación pública².

¹ Dice así este precepto que, para que una entidad pueda tener reconocida la condición de medio propio en sus estatutos o actos de creación, se exige la «verificación por parte de la entidad pública de la que dependa el ente de que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social». Este requisito se presumirá que se cumple cuando el ente haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos, subgrupos y categorías que ostente. Este requisito venía ya exigido para el sector público estatal por el artículo 86 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

² Como ha puesto de relieve el Tribunal de Cuentas, cuando se abusa de la subcontratación puede ocurrir que la encomendaria se configure «como una mera entidad intermedia con cuyo concurso se habilita un cambio de régimen jurídico en materia de contratación pública, mucho más rápido y flexible en su tramitación, pero también con muchas menos garantías para el interés público, al sustituir un eventual contrato administrativo (si lo hubiera celebrado directamente la Administración) por uno privado (celebrado por un ente instrumental sometido al derecho privado)» («Informe de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de abril del 2015 y, en el mismo sentido, «Informe de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los ministerios, agencias y organismos autónomos del área político-administrativa del Estado, ejercicios 2008-2012», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 28 de noviembre del 2013. Ambos informes son accesibles en internet.

Para reforzar la prevención de estos abusos, el artículo 32.7 de la ley dispone que «el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 % de la cuantía del encargo».

Este límite, que no está previsto en la directiva de contratos, operaba en la redacción original de la ley de forma absoluta, excluyéndose únicamente dos supuestos: a) los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras, ya de servicios; y b) la gestión del servicio público que se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, o que se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Pues bien, además de estas dos excepciones legales —que se mantienen—, ahora la Ley de Presupuestos Generales (disposición final cuadragésima cuarta) ha venido a flexibilizar la aplicación del límite a la subcontratación de forma importante mediante dos previsiones:

- a) Se declara que «no se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación».
- b) Se prevé, además, que «excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución. La justificación de que concurren estas circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la plataforma de contratación correspondiente conjuntamente con éste».

Aunque estas razones se configuran como excepcionales, dada su amplitud se otorga bastante discrecionalidad al medio propio para subcontratar con terceros más allá del límite del 50 %, si bien con los límites de una adecuada justificación y publicación. Hay que tener también en cuenta que todo lo relativo a la formalización de encargos a medios propios es susceptible de recurso especial en materia de contratación administrativa (art. 44.2e LCSP).

Interesa recordar, por último, que para los casos en los que se proceda a la subcontratación, la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo lo ya previsto en el anterior Texto Refundido de Contratos del Sector Público, dispone que el contrato que celebre el medio propio destinatario del encargo en ejecución de aquél, «quedará sometido a esta ley, en los términos que sean procedentes, de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el título I del libro tercero de la presente ley».

2. Se excepcionan los límites cuantitativos que permiten acudir a los contratos menores para los celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación

La Ley 9/2017 redujo los límites aplicables a los contratos menores, que pasan a ser de 40 000 euros para los contratos de obras y de 15 000 euros para los de suministro o de servicios (art. 118).

Al igual que en el caso anterior, parece que el legislador fue demasiado riguroso con este precepto y, nada más empezar su andadura, se ha considerado necesario introducir la primera excepción (resulta previsible que, con el tiempo, se puedan añadir más).

Así, la Ley de Presupuestos (en su disposición adicional quincuagésima cuarta) prevé así que «atendiendo a la singular naturaleza de su actividad, como excepción al límite previsto en el artículo 118 de esta ley, tendrán en todo caso la consideración de contratos menores los contratos de suministro o de servicios de valor estimado inferior o igual a 50 000 euros que se celebren por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación.