

MODIFICACIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA INTRODUCIDAS POR EL REAL DECRETO-LEY 17/2020

1. Modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

La Disposición final octava del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 ("RDL 17/2020") modifica los apartados 2 y 3 del artículo 33 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que regula los encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados.

La modificación del apartado 2 altera el sentido de control que ostenta el ente que hace el encargo sobre el ente destinatario del mismo. Hasta ahora, el control se entendía en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. Ahora, el control debe ser entendido en el sentido del artículo 32.2.a) primer y segundo párrafos de la Ley 9/2017, de 8 de marzo. De esta manera, el ente que hace el encargo tendrá control sobre el ente destinatario del mismo cuando el primero ejerza sobre el segundo un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que pueda ejercer una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas. En todo caso se entenderá que el ente que realiza el encargo ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otras entidades controladas del mismo modo por el primero, puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo.

Hasta ahora, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 33, el apartado 2 del mismo artículo se aplicaba también en los casos en que una persona jurídica del Sector Público estatal realizara un encargo a otra persona jurídica del Sector Público estatal, siempre que una de ellas ejerciera el control de la otra o participara directa o indirectamente en su capital social.

A través de la modificación del apartado 3, se especifica que el apartado 2 del artículo 33, también se aplicará en los casos en que una entidad del Sector Público estatal realice un encargo a otra del mismo sector, siempre que:

- (i) la entidad que realiza el encargo y la que lo reciba estén controladas, directa o indirectamente, por la misma entidad de dicho sector; y
- (ii) además, la totalidad del capital social o patrimonio de la entidad destinataria del encargo sea de titularidad pública.

En este supuesto, el requisito del apartado 2.c) del artículo 33¹, se entenderá cumplido por referencia al conjunto de actividades que se hagan en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados por la entidad que realiza el encargo, por la entidad que controla directa o indirectamente tanto a la entidad que realiza el encargo como a la que lo recibe, así como por cualquier otra entidad también controlada directa o indirectamente por la anterior.

En cuanto a la compensación a percibir por la entidad destinataria del encargo, se establece que deberá ser aprobada por la entidad pública que controla a la entidad que realiza el encargo y a la que lo recibe, debiendo adecuarse dicha compensación y las demás condiciones del encargo a las generales del mercado de forma que no se distorsione la libre competencia.

Además, se amplía la posibilidad que establece este apartado 3 a las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas dentro de cada uno sus respectivos sectores públicos.

2. Modificación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo

Los apartados uno a tres de la Disposición final novena del RDL 17/2020 modifican el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (“**RDL 8/2020**”), relativo a las medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19.

A. Modificación en relación con los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva

Se añade un párrafo final al apartado 1 del artículo 34 del RDL 8/2020 para establecer la posibilidad de que, en los contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva que hayan quedado suspendidos conforme a lo previsto en dicho apartado, el órgano de contratación conceda a instancia del contratista un anticipo a cuenta del importe estimado de la indemnización que corresponda, pudiendo exigir para efectuar el anticipo que el mismo se asegure mediante cualquiera de las formas de garantía previstas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. El abono del anticipo podrá realizarse en un solo pago o mediante pagos periódicos y se descontará de la liquidación del contrato.

¹ “*Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo*”.

B. Modificación en relación con los contratos de concesión

Se modifica el último párrafo del apartado 4 del artículo 34 del RDL 8/2020 para concretar que la aplicación de lo dispuesto en dicho apartado solo procederá respecto de la parte del contrato de concesión afectada por la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación del COVID-19 apreciada por el órgano de contratación.

C. Ampliación del concepto de “contratos públicos”

Finalmente, se añade un párrafo final al apartado 7 del artículo 34, para ampliar el concepto de “contratos públicos” a:

- (i) los contratos de obras;
- (ii) los contratos de servicios o consultorías y asistencias que sean complementarios a un contrato de obras principal y necesarios para la correcta realización de la prestación; así como
- (iii) los contratos de concesión, ya sean de obras o de servicios, incluidos los contratos de gestión de servicios públicos

celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre que estén vigentes a la entrada en vigor del RDL 8/2020 y cualquiera que sea la normativa de contratación pública a la que estén sujetos con arreglo al pliego. Es decir, se amplía la aplicación de la norma a todos aquellos contratos públicos vigentes adjudicados conforme a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al 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 o a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas.

Además, se añade que, en estos contratos, no resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el artículo 34, además de las disposiciones señaladas en sus apartados 1 y 3², lo dispuesto en los artículos relativos a indemnizaciones por suspensiones de contratos en la normativa de contratación pública anterior al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que sea aplicable a los mismos, ni aquellas indemnizaciones por suspensión previstas en los pliegos de contratos en el ámbito de la normativa de contratación pública en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

² Apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre y artículo 220 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

3. Continuación e inicio de los procedimientos de contratación celebrados por entidades del Sector Público durante la vigencia del estado de alarma

Se acuerda el levantamiento de la suspensión de los términos e interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación promovidos por entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, siempre y cuando su tramitación se realice por medios electrónicos.

Igualmente se permite el inicio de nuevos procedimientos de contratación cuya tramitación se lleve a cabo también por medios electrónicos.

Esta medida se extenderá a los recursos especiales que procedan en ambos casos.

La información contenida en esta Nota es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 11 de mayo de 2020 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

Para más información,
pueden ponerse en contacto con:

Beatriz García

Socia de Derecho Administrativo y Litigación

bgarcia@perezllorca.com

T: +34 91 423 20 78