

Novedades en los ámbitos subjetivo y objetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público

La reciente 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 vigor el 9 de marzo de 2018 de conformidad con lo dispuesto en su disposición final decimosexta¹, incorpora al ordenamiento numerosas novedades derivadas de las exigencias del Derecho comunitario y actualiza el régimen jurídico de la contratación pública. Los cambios sustantivos habidos serán objeto de estudio a lo largo de diversos números de este GCSP, el primero de ellos dedicado al ámbito de aplicación de la nueva Ley.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público, publicada en el Boletín Oficial del Estado el pasado 9 de noviembre de 2017, presenta numerosas novedades que irán siendo objeto de análisis y exposición a lo largo de diversos artículos, siendo correspondiendo a éste abordar el análisis de las novedades que se operan en lo concerniente al *objetivo y ámbito de aplicación* de la nueva Ley.

¹ La DF16^a de la Ley 9/2017 dispone que ésta entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», si bien la letra a) del apartado 4 del artículo 159 y la letra d) del apartado 2 del artículo 32, lo harán a los diez meses de la citada publicación; y los artículos 328 a 334, así como la disposición final décima, que lo harán al día siguiente de la referida publicación. El tercer párrafo del apartado 1 del artículo 150 entrará en vigor en el momento en que lo haga la disposición reglamentaria a la que se refiere el mismo.

- En cuanto al *objetivo* que la norma se propone, se incluye de manera expresa la necesidad de incorporar de *manera transversal y preceptiva, criterios sociales y medioambientales* – siempre que guarden relación con el objeto del contrato -. La propia Ley afirma que esta obligación responde a la convicción de que su inclusión proporciona una *mejor relación calidad-precio en la prestación contractual*, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.
- Se consagra el *principio de integridad* como elemento de proscripción de la corrupción en la contratación (y su desenvolvimiento preside la regulación de los conflictos de intereses y las prohibiciones para contratar).
- También destaca en lo concerniente al objeto y finalidad de la Ley el compromiso con el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas², así como de las empresas de economía social.
- En lo concerniente al *ámbito de aplicación*, existen numerosas novedades tanto en el plano subjetivo como en el de los contratos incluidos y excluidos de la Ley.
 1. *Ámbito de aplicación*: el artículo 2.1 declara, al igual que la norma ahora vigente, que son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumeradas en el artículo 3, si bien define (esto es una novedad) como ONEROSOS aquellos contratos en los que el contratista obtenga algún beneficio económico, de forma directa o indirecta. El apartado 2 del mismo artículo 2 declara sujetos a la Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores³ que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 23 relativo a los contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada⁴.
 2. *Ámbito subjetivo*: Se perpetúa la triple calificación que distingue entre Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores, construcción española que podría

² El TRLCSP no contempla este compromiso en términos tan rotundos. En efecto, el artículo 22.2 del TRLCSP pone a cargo de los entes, organismos y entidades del sector público el velar por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, encargándoles promover la participación de la pequeña y mediana empresa. Ahora sin embargo la Ley incluye de manera expresa y dentro de los elementos relativos a su objeto y finalidad, el de facilitar el acceso a la contratación de las PYMES, lo que se configura por tanto como un elemento que preside la actuación de todos los sujetos que intervengan en el sector y como un criterio informador de la contratación pública.

³ Antes decía “los entes, organismos y entidades del sector público”.

⁴ Desaparece en cambio la referencia a los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas en los casos del artículo 274 que contiene el artículo 2.2 del TRLCSP.

haberse superado para establecer un solo concepto de poder adjudicador, lo que clarificaría y simplificaría el manejo de la norma. Sin embargo, se mantiene la clasificación tripartita y se amplía el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley. Son varias las novedades que se incluyen al respecto:

- En primer lugar, se incluyen, *ex novo*, los fondos sin personalidad jurídica dentro del concepto de sector público a efectos de la Ley.
- Se modifica el concepto de Administración pública respecto de la regulación actualmente vigente en tanto que se elimina la figura de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias Administraciones Públicas cualificadas por su actividad y régimen de financiación⁵ y se incluyen los consorcios y otras entidades de derecho público con las características y requisitos del apartado 2.b del artículo 3⁶.
- En lo que hace a la categoría de los poderes adjudicadores, se incluyen las fundaciones públicas y las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- Una de las novedades más destacadas es sin duda la inclusión, en el ámbito de aplicación de la Ley, de partidos políticos y sindicatos y organizaciones empresariales y asociaciones profesionales, además de fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos cuando se cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de conformidad con la letra d) del apartado 3 del artículo 3.

3. *Negocios jurídicos y contratos excluidos:*

- a) Se regula con mayor extensión y detalle los contratos y negocios excluidos (a lo largo de ocho artículos que sustituyen el artículo 4 actual).

⁵ Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes: 1.ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o 2.ª que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

⁶ Consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas. Esto comporta una ampliación del ámbito subjetivo respecto del artículo 3.2.e) in fine del TRLCSP que excluía del concepto de Administración Pública las entidades públicas empresariales estatales y las similares autonómicas.

- b) Se establece una regulación más profunda de los convenios que se excluyen del ámbito de aplicación de la Ley con la finalidad de evitar que se eluda su aplicación encubriendo relaciones de derecho público bajo figuras que formalmente escapen del control que impone la Ley.
4. *Encargos a medios propios:* La nueva Ley incluye una regulación amplia de esta materia, caracterizada por utilizar las categorías y conceptos comunitarios (así por ejemplo se sustituye el término de encomienda por el de encargo) y por ser extensa y prolija, como evidencia el nuevo artículo 32. Los encargos deben ser objeto de publicidad y los entes que tengan consideración de medios propios deben contar con capital público cien por cien, además de disponer de medios suficientes, haber recabado autorización del poder adjudicador del que dependa; que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20% de su actividad (que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo deben llevarse a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo)⁷.
5. *Tipología de contratos:* Hay varias modificaciones de calado en la delimitación de los tipos contractuales:
- a) Desaparece el contrato de colaboración público-privada, prácticamente en desuso bajo la vigencia del TRLCSP actualmente vigente, pero se mantiene la posibilidad de sociedad de economía mixta en tanto fórmula de CPPI (colaboración público privada institucional).
 - b) Desaparece el calificativo “público” tanto en los contratos de concesión de servicios como en los contratos de concesión de obras, que se redefinen en atención al criterio de la transferencia del riesgo operacional.
 - c) Se ajustan las definiciones de obras y servicios y de concesión de obras y de servicios, y se introduce el de transferencia del riesgo para distinguir entre contratos de servicios y de concesión de servicios.
 - d) Se amplía y profundiza en la regulación de los contratos mixtos – nuevo artículo 18 –.
 - e) Se amplía la enumeración de contratos no sujetos a regulación armonizada incluyendo los de servicios jurídicos (cinco subapartados de la nueva letra e) del artículo 19) y los de concesión vinculados a la explotación de redes destinadas a prestar servicios al

⁷ Esta previsión puede tener una importante repercusión en tanto que los medios propios tienen limitada su propia capacidad de contratación (sólo pueden contratar con terceros el 50% de la cuantía del encargo).

público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o el suministro a dichas redes.

6. *Contratos administrativos y contratos privados. Control jurisdiccional:*

Contratos administrativos y privados.

No existen diferencias respecto del TRLCSP en cuanto a los *contratos administrativos* ni respecto de las normas por las que se deban de regir.

Se amplía la categoría de *contratos privados* en tanto que el mismo incluye los celebrados por entidades que no reúnan la condición de Administraciones públicas y se extiende a los concluidos por entidades que no reúnan la condición de poder adjudicador.

Control jurisdiccional: en la línea de lo establecido en el artículo 2.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se dispone que todas las fases de preparación y adjudicación de los contratos, al margen de cuál sea el importe de aquéllos y la naturaleza del ente que contrata, se residencian en el orden contencioso-administrativo⁸, así como las modificaciones contractuales basadas en el incumplimiento de los artículos 204 y 205 de la Ley en relación con los contratos privados celebrados por Administraciones públicas (artículo 25.a) 1º y 2º) y los celebrados por poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración Pública.

⁸ El artículo 27.2 de la Ley 9/2017 dispone que orden jurisdiccional civil será el competente para resolver: a) las controversias que se susciten entre las partes en relación con los efectos y extinción de los contratos privados de las entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sean o no Administraciones Públicas, con excepción de las modificaciones contractuales; b) de las cuestiones referidas a efectos y extinción de los contratos que celebren las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores; y c) las cuestiones litigiosas relativas a la financiación privada del contrato de concesión de obra pública o de concesión de servicios, salvo en lo relativo a las actuaciones en ejercicio de las obligaciones y potestades administrativas.