

LA PRETENDIDA SUBCONTRATACIÓN DE LOS MEDIOS PROPIOS

Es lugar común entre los gestores públicos la expresión de que cuando esté hablando de medios propios te digan que subcontratas, dejes de hablar de ello y hables de fútbol, pues continuar por ese camino es un absurdo y no te lleva a nada serio.

Los entes instrumentales que somos medios propios de una administración somos “poderes adjudicadores” a los efectos de la Directiva de Mercado interior y de la normativa de contratación. Nosotros lo que hacemos en tanto que poderes adjudicadores es “contratar” no subcontratar pues en ningún caso somos contratistas de la administración, que si lo son aquellos terceros con los que nosotros contratamos de acuerdo con la normativa, esencialmente la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

El problema es que esta norma, ejemplo de claridad, precisión y concisión donde las haya, utiliza el término subcontratar, inmediatamente después de decir que nuestra relación con los entes matrices no es un contrato y habiendo indicado antes con claridad y siguiendo la normativa europea, que somos un poder adjudicador.

Lo que acabamos de decir, aunque parezca mentira y nos duela, es rigurosamente cierto y acredita un error clamoroso de la norma, en el artículo 32 de la LCSP indica claramente en su párrafo 1º in fine que *“El encargo que cumpla dichos requisitos **no tendrá la consideración de contrato**”* pero después sin ningún temor indica en su ordinal 2º “*,,, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo **que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas**”* al hablar de la tarifa y, para dejar claro que no ha sido un despiste, en 4º lo repite literalmente al regular el medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores.

Ello ha dado lugar a que muchos autores y órganos de la administración consideran que nos encontramos ante una subcontratación cuando para la gestión del encargo el medio propio se acude a la contratación de prestaciones parciales con terceros, que esta vez sí, son contratistas.

El origen de este erróneo concepto es la regulación en el mismo artículo, el 24 del TRLCSP 2011, de dos figuras distintas, por un lado la ejecución por la propia administración (párrafos 1 a 5) y los requisitos del medio propio para la encomienda de gestión (párrafo 6). El profesor Julio Tejedor Bielsa¹ comentaba que últimamente se ha iniciado la tendencia de limitar el volumen de contratación de sociedades públicas en función del criterio de idoneidad, como si de una ejecución de obras por la administración se tratase, por el hecho de que se regulan ambas en el artículo 24 del TRLCSP, cuando que no cabe

¹TEJEDOR BIELSA, Julio: “Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación”. Capítulo 9.º de la obra Observatorio de contratación pública 2013. Obra dirigida por José María Gimeno Feliu y coordinada por Miguel Ángel Bernal Blay. Editorial Aranzadi, SA, 2014. Páginas 400 y 403

confundir la “relación jurídica que vincula a una Administración pública con una entidad instrumental al amparo de los artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP y 8 LFCP” por ser relaciones distintas con “la ejecución de obras o fabricación de muebles por la Administración regulada actualmente en el artículo 24.1 a 5 TRLSCP”. En este sentido indica confirmando el origen del error que “tempranamente advirtió de los problemas que suscitaría la mezcla en el artículo 24 de dos cuestiones diferentes”.

Pese a ello, la confusión sigue manifestándose, y sirva de ejemplo la reciente publicación en Fecha 14 de febrero de 2023 ,*Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Los Encargos a Medios Propios y los Convenios*” de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que tras establecer claramente que la relación entre la administración y su ente instrumental, un encargo a medio propio no es una contratación sino que se trata de una potestad de organización, cuando analiza las limitaciones del 32.7 utiliza reiteradamente la palabra “subcontratación” y “subcontratista”, establece un específico apartado “4.2.2.4. Subcontratación” y establece la Recomendación 15 con el siguiente tenor “Acotar la subcontratación de las prestaciones objeto del encargo”. Sin comentarios.

La realidad es que los medios propios en ejercicio de la actividad confiada por su administración titular contrata y lo hace como poder adjudicador, realizando parte de la actividad con sus medios personales, pudiendo para ello realizar la contratación de prestaciones parciales, siempre, claro está, sometiendo esta actuación a la normativa pública de contratación. Por ello al legislador europeo que considera que las relaciones con su administración no son contractuales sino son de carácter interno y autoorganizativas (in house) no le preocupan y las excluye claramente de la directiva de contratación pública. Es igualmente interesante el artículo del citado Catedrático de derecho Administrativo, Julio tejedor, “Los medios propios no subcontratan, contratan como poderes adjudicadores que son” del que se adjunta el enlace. <https://www.administracionpublica.com/los-medios-propios-no-subcontratan-contratan-como-poderes-adjudicadores-que-son/>

Hay que indicar, para ser comprensivos con la LCSP que la propia norma, aun cuando induce manifiestamente a ese error, tiene elementos que permiten con un poco de voluntad ver que en realidad y pese los defectos en la redacción y como no podía ser de otro modo, sigue el criterio en la normativa europea entendiendo que el medio propio como poder adjudicador lo que realiza es la contratación de prestaciones parciales para ejecutar el encargo recibido.

Ello queda igualmente claro en citado artículo 32 que partiendo de la afirmación inicialmente indicada de que no se trata de un contrato, al regular en su ordinal 7º las limitaciones a las **prestaciones parciales** que reiteradamente indica “**contrate**” el medio propio para poder ejecutar el encargo establece:

*<<b) El importe de las **prestaciones parciales** que el medio propio pueda **contratar con terceros** no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo.....*

*No será aplicable lo establecido en esta letra a los **contratos de obras** que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión,*

ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

*Tampoco será aplicable a los **contratos** que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración Pública con el fin de garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información, así como a los que celebren los medios propios cuyas funciones sean el fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital.*

*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>>.*

Como se aprecia, la conclusión no puede ser otra: lo que hacemos los gestores públicos, cuando por orden de nuestra administración ejecutamos los encargos recibidos como medios propios que somos, no es subcontratar sino contratar con terceros prestaciones parciales necesarias para la ejecución de aquél y que en la medida que somos entidades de derecho público o una sociedad de derecho privado cuyo capital es de titularidad pública y constituidos para la ejecución directa de servicios, no estamos sometidos a la limitación del famoso 50% pero eso es otra cosa y objeto de una guerra distinta.