

Mayo 2020

Alerta informativa

Real Decreto-ley 17/2020

Novedades en materia de contratación pública

Félix Plasencia
Socio director Área Legal EY

Luis Ques
Socio Área Legal EY

Lucía Freire
Asociada Área Legal EY

Introducción

El 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-19 ("RDL 17/2020"), publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 6, contiene algunas novedades en materia de contratación pública. En un RDL cuyo objeto prioritario son las ayudas culturales, tales novedades pueden pasar inadvertidas. Sin embargo, presentan una relevancia incuestionable. Las analizamos en esta Alerta.

El RDL 17/2020 regula, esencialmente, un completo régimen de ayudas en el ámbito de la cultura. No obstante, introduce modificaciones en el régimen de los contratos del sector público, que pueden dividirse en los siguientes bloques: (i) procedimientos de adjudicación y de resolución de recursos contractuales; (ii) regulación de los medios propios o contratación “*in house*”; y (iii) efectos derivados de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 o las administrativas para hacerle frente.

I. Procedimientos de adjudicación y de resolución de recursos contractuales

Con la finalidad de iniciar el proceso de **normalización** de la situación, la Disposición adicional octava del RDL 17/2020 pone fin parcialmente a la situación de suspensión en que se hallaba inmersa la contratación pública.

De este modo, se acuerda el **levantamiento de la suspensión** de los términos y de la interrupción de los plazos de los procedimientos de contratación de entidades del sector público, cuando pueda realizarse su tramitación por medios electrónicos.

En este mismo supuesto, se permite la iniciación de nuevos procedimientos de adjudicación de contratos.

También se levanta la suspensión de tramitación de los recursos especiales en materia de contratación.

II. Contratación “*in house*”. Regulación de los medios propios

La Disposición final octava del RDL 17/2020 modifica la regulación de los encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados respecto de aquéllos (contratación “*in house*”).

En concreto, se sustituye el **requisito** para poder ser considerado medio propio personificado referente al **control, directo o indirecto**, que el ente que hace el encargo ejerce sobre el que lo recibe un control. Así, se sustituye la exigencia de control, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, por la exigencia de un control 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. Tal circunstancia se entenderá que concurre cuando el ente que hace el encargo pueda conferir encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario, por así establecerlo los estatutos o el acto de creación.

Asimismo, pasa a exigirse que la compensación se fije mediante **tarifas** aprobadas por la entidad de la que dependa el medio propio personificado, salvo en caso de que emplee subcontratación y el coste efectivo sea inferior.

Por otra parte, **se extiende la regulación** de los medios propios personificados, dentro del ámbito de cada Administración, estatal, autonómica o de ciudad autónoma, **a las entidades que estén controladas, directa o indirectamente, por la misma entidad y efectúen o reciban encargos, siempre que la entidad destinataria sea de titularidad pública**. En tal supuesto, el requisito de que el 80% de la actividad de la entidad que recibe el encargo proceda de las entidades para las que es medio propio personificado, se entenderá cumplido cuando los encargos sean realizados, bien por la entidad que realiza el encargo, la entidad que la controla, directa o indirectamente, o cualquier otra entidad controlada por ésta. Por último, para estos supuestos se prevé que la compensación sea fijada por la entidad que controla a las restantes, sin que las condiciones difieran de las del mercado, para evitar causar distorsiones de la libre competencia.

La extensión anterior se limitaba al ámbito de la Administración estatal, en los supuestos en que, o bien la entidad que realizaba el encargo o la que lo recibía, controlara o participara, directa o indirectamente, en su contraparte. Por lo tanto, además de la **extensión a las Administraciones autonómicas y de ciudades autónomas**, se sustituye un criterio de participación o control por un **criterio de dependencia común y de titularidad pública plena de la entidad que recibe el encargo**, estableciéndose algún matiz al régimen aplicable a tales supuestos de extensión.

III. Suspensiones de contratos públicos y restablecimiento de su equilibrio a raíz de la situación creada por el Covid-19. Modificación del artículo 34 RDL 8/2020

Por último, conviene destacar las novedades introducidas en 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**”).

En el caso de los **contratos de servicios y suministros** de prestación sucesiva cuya ejecución sea imposible como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, o de las medidas administrativas para afrontarla, el RDL 8/2020 ya preveía la suspensión contractual y el abono de una indemnización dirigida a hacer frente a los costes asociados a la misma.

El RDL, sin embargo, no resolvía el tiempo y modo en que debía abonarse tal indemnización. Para las empresas contratistas, resultaba crítico que tal abono se realizara anticipadamente y en unos plazos que garantizaran su viabilidad. Y, aunque este criterio ya había sido adoptado por algunas Administraciones, lo cierto es que ni se encontraba generalizado ni tenía una base normativa incuestionable.

El RDL pone fin a la situación de incertidumbre y regula la posibilidad de que el órgano de contratación conceda al contratista, previa solicitud, un anticipo a cuenta de la indemnización derivada de tal imposibilidad. El abono de tales cantidades a cuenta podrá hacerse en un único pago o en pagos periódicos, que se considerarán en la liquidación definitiva del contrato.

La solución, sin embargo, solo es parcialmente satisfactoria para los contratistas ya que los órganos de contratación pueden exigir la prestación de garantía para asegurar la eventual devolución de las cantidades anticipadas. El uso de esta posibilidad debería ser extremadamente restrictiva. Una generalización de la exigencia de garantía dejaría sin efecto práctico el otorgamiento de los anticipos, convirtiéndola en una mera posibilidad cosmética.

Por su parte, y en cuanto a los **contratos de concesión de obras y de concesión de servicios**, se establece que los efectos indemnizatorios previstos para los supuestos en que su ejecución sea imposible como consecuencia de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, o de las medidas administrativas para afrontarla, resultan aplicables a los supuestos en que la imposibilidad se refiere a una parte del contrato, limitando su eficacia a tal parte. Parecen resolverse, de este modo, las dudas acerca de si el restablecimiento tenía un alcance binario y solo podía darse en caso de afección total sobre el contrato o no darse en absoluto –lo que provocaba situaciones extremadamente anómalas e injustificadas.

Finalmente, se modifica el alcance del citado artículo 34 del RDL 8/2020, ampliándolo a los contratos de obras, 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 los contratos de concesión, ya sean de obras o de servicios, incluidos los contratos de gestión de servicios públicos, con independencia de la normativa aplicable al contrato en cuestión.

Para cualquier información adicional sobre esta alerta contacte con:

Ernst & Young Abogados, S.L.P

Félix Plasencia Sanchez

Felix.PlasenciaSanchez@es.ey.com

Luis Ques Mena

Luis.Ques.Mena@es.ey.com

Lucía Freire Fernández

Lucía.FreireFernandez@es.ey.com

Puede consultar las últimas [alertas fiscales y legales](#) en nuestro [Centro de Estudios EY](#)

EY | Assurance | Tax | Transactions | Advisory

Acerca de EY

EY es líder mundial en servicios de auditoría, fiscalidad, asesoramiento en transacciones y consultoría. Los análisis y los servicios de calidad que ofrecemos ayudan a crear confianza en los mercados de capitales y las economías de todo el mundo. Desarrollamos líderes destacados que trabajan en equipo para cumplir los compromisos adquiridos con nuestros grupos de interés. Con ello, desempeñamos un papel esencial en la creación de un mundo laboral mejor para nuestros empleados, nuestros clientes y la sociedad.

EY hace referencia a la organización internacional y podría referirse a una o varias de las empresas de *Ernst & Young Global Limited* y cada una de ellas es una persona jurídica independiente. *Ernst & Young Global Limited* es una sociedad británica de responsabilidad limitada por garantía (*company limited by guarantee*) y no presta servicios a clientes. Para ampliar la información sobre nuestra organización, entre en ey.com.

© 2020 Ernst & Young Abogados, S.L.P.
Todos los derechos reservados.

ED None

La información recogida en esta publicación es de carácter resumido y solo debe utilizarse a modo orientativo. En ningún caso sustituye a un análisis en detalle ni puede utilizarse como juicio profesional. Para cualquier asunto específico, se debe contactar con el asesor responsable.

ey.com/es

Twitter: [@EY_Spain](https://twitter.com/EY_Spain)

LinkedIn: [EY](#)

Facebook: [EY Spain Careers](#)

Google+: [EY España](#)

Flickr: [EY Spain](#)