

La Oficina de Contratación tiene vocación de servicio, asistencia y asesoramiento a los órganos de contratación, y naturaleza de servicio administrativo, de tal manera que su criterio tiene únicamente carácter orientativo y en ningún caso sustituye al de los órganos consultivos y de control que actúan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Numero de Consulta	006/2021
Materia	Subcontratación
Solicitante	Servicio Provincial de Educación, Cultura y Deporte de Huesca
Fecha de solicitud	23/03/2021
Vía	Correo electrónico
Disposiciones aplicables	Artículo 215 de la 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 y el artículo 4.7 del Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo.

CONSULTA

Se consulta a la Oficina de Contratación Pública por parte del Servicio Provincial de Educación, Cultura y Deporte de Huesca acerca del marco legal aplicable a la subcontratación en el sector del transporte escolar.

RESPUESTA

A la hora de abordar esta consulta, en primer lugar, se considera conveniente recordar cuál es el régimen de la subcontratación en la 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 adelante, LCSP), así como las diferencias que presenta en relación a la regulación de esta misma materia en el Texto Refundido de la Ley Contratos del Sector Público (a partir de ahora, TRLCSP).

La LCSP contempla la subcontratación en su artículo 215 mientras que el TRLCSP lo hacía en su artículo 227; la principal diferencia entre estos dos preceptos radica en sus respectivos apartados 1. Mientras que el artículo 227 del TRLCSP habilitaba a prohibir la subcontratación de forma total o parcial a través de los pliegos, en el artículo 215 de la LCSP la subcontratación aparece configurada como un derecho que asiste a los subcontratistas. Lo más que admite la LCSP es que se indique en los pliegos determinadas tareas críticas que no admitirían la subcontratación, de acuerdo con lo establecido en sus

artículos 75.4 y 215.2, pero ya no es posible una prohibición general, a diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia del TRLCSP.

Este cambio de paradigma entre las dos normas responde tanto a cambios normativos como jurisprudenciales. En ese sentido, si bien ya había algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) que apuntaban en una línea parecida, como la sentencia de 18 de marzo de 2004, C-314/01, Siemens y ARGE Telecom, o la de 10 de octubre de 2013, Swm Costruzioni 2 y Mannocchi Luigino (C-94/12, EU:C:2013:646), a la hora de concretar el régimen legal español se capta más la influencia de la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 14 de julio de 2016, en el asunto C-406/14. En esta sentencia se explica que *«la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 2083/2005 de la Comisión, de 19 de diciembre de 2005, debe interpretarse en el sentido de que un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo»*.

A mayor abundamiento, la sentencia del TJUE de 27 de noviembre de 2019, asunto C-402/18, ha ratificado el criterio de la del año 2016. En esa sentencia se examinaba un caso en el que la normativa imponía que el licitador realizara *por sí mismo, en todos los contratos, una parte importante de las obras, de los suministros o de los servicios de que se trate, so pena de quedar excluido automáticamente del procedimiento de contratación*; y a pesar de que el objetivo que perseguía dicha normativa era controlar la infiltración del crimen organizado dentro de la contratación del sector público, el Tribunal rechazó la legalidad de la medida.

En el plano normativo, si bien el artículo 25 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, abordaba ya la subcontratación, lo hacía de forma mucho más limitada que en el actual artículo 71 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Como se puede ver, conforme a la interpretación del TJUE las prohibiciones generales a la subcontratación ya estaban vedadas con la Directiva 2004/18/CE, igual que la fijación de porcentajes mínimos de ejecución. En consecuencia, la Directiva 2014/24/UE lo que hizo fue consolidar esta regla, no introducirla.

A modo de epitome, cabe decir con carácter general y exceptuando las prestaciones que aparezcan definidas de forma motivada en los pliegos como críticas, la subcontratación debe admitirse como un derecho de los licitadores. Cumpliendo estos, no obstante, las

formalidades de comunicación que, en su caso, se fijen en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de acuerdo con lo establecido en el artículo 215 de la LCSP.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el ámbito de transportes cuenta con su propia normativa y que ésta contiene algunas previsiones propias de la legislación contractual. Así el Reglamento (CE) nº 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) nº 1191/69 y (CEE) nº 1107/70 del Consejo (en adelante, Reglamento 1370/2007), en su artículo 4.7 dice que *«los documentos de licitación y los contratos de servicio público indicarán con toda claridad si es posible o no la subcontratación y, en tal caso, en qué medida. Si se subcontrata, el operador al que se haya encomendado la administración y la prestación de servicios públicos de transporte de viajeros estará obligado, con arreglo al presente Reglamento, a prestar por sí mismo una parte importante de los servicios públicos de transporte de viajeros. Un contrato de servicio público que cubra tanto la planificación como el establecimiento y la prestación de los servicios públicos de transporte de viajeros podrá autorizar la subcontratación total de la prestación de dichos servicios. El contrato de servicio público determinará, con arreglo al Derecho nacional y al Derecho comunitario, las condiciones aplicables a la subcontratación»*.

Como se puede observar, la regulación de la subcontratación del Reglamento 1370/2007 es más restrictiva que la de las dos últimas generaciones de Directivas, al exigir que los órganos de contratación indiquen en los pliegos si es posible o no subcontratar, mientras que en las Directivas, al configurarse como un derecho, se presume de antemano que los licitadores puedan subcontratar, resultando necesario, únicamente, que señalen si hay alguna tarea considerada de naturaleza esencial o crítica que no cabría subcontratar. Esta discordancia genera una duda sobre cual es de las dos de las normas debe aplicarse al entrar en colisión, a su vez, dos principios: ley especial prevalece frente a general y ley posterior deroga anterior.

Por un lado, el Reglamento 1370/2007 constituye una norma sectorial de forma que sus disposiciones acerca de contratación prevalecerían frente a las generales; por otro, el Reglamento 1370/2007 es anterior tanto a la cuarta generación de directivas como a la destacada sentencia del TJUE de 14 de julio de 2016, de manera que puede entenderse que la cuarta generación de directivas, interpretada bajo el prisma de la línea jurisprudencial analizada, ha desplazado al precepto del Reglamento. O si no desplazar, como mínimo que obliga a hacer una exegesis del artículo 4.7 del Reglamento 1307/2007 más alineada con los planteamientos de la previamente citada sentencia del TJUE de 14 de julio de 2016.

En favor del argumento temporal, debe reseñarse el hecho de que la última modificación que ha sufrido el Reglamento 1370/2007 deriva de la aprobación del Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, que

modifica el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril. A pesar de que el Reglamento se aprueba varios meses después de la sentencia del TJUE de 14 de julio de 2016, considerando el proceso de elaboración de las normas comunitarias, es complicado, por no decir casi imposible, que pudiera tenerse en cuenta su doctrina durante la elaboración del Reglamento. Asimismo, por su contenido sustantivo, el Reglamento de 2016 no tenía una vocación de actualizar o reformar manera general el Reglamento 1370/2007, por lo que no puede entenderse que su aprobación tenga un efecto ratificadorio - como tampoco lo contrario - de las reglas de subcontratación contempladas en él.

No obstante, este argumento cronológico pierde fuerza si se examinan la Comunicación relativa a directrices de interpretación del Reglamento (CE) no 1370/2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera (2014/C 92/01) y la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 27 de octubre de 2016, asunto C-292/15. En dicha sentencia se dice expresamente que *«el artículo 5, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato de servicio público de transporte de viajeros en autobús, el artículo 4, apartado 7, de este Reglamento sigue siendo aplicable a dicho contrato»*.

En cuanto a la comunicación de la Comisión, en ella se expone lo siguiente: *«los contratos de servicio público adjudicados directamente a un operador interno pueden subcontratarse en condiciones estrictas. En este caso, con arreglo al artículo 5, apartado 2, letra e), el operador interno debe prestar él mismo “la mayor parte” de los servicios públicos de transporte de viajeros. Con esta medida, el legislador pretende evitar que el concepto de “operador interno” bajo el control de la autoridad competente se vacíe de sentido, puesto que el operador interno estaría autorizado, en caso contrario, a subcontratar la totalidad o una parte muy importante de los servicios de transporte con otra entidad. Por tanto, el artículo 5, apartado 2, letra e), tiene por objeto impedir el establecimiento de falsos operadores internos. La prestación de los servicios públicos de transporte de viajeros por un operador interno es una excepción al principio establecido en el artículo 5, apartado 3, en virtud del cual los contratos de servicio público se adjudicarán “con arreglo a un procedimiento de licitación equitativo”. En virtud del considerando 7 del Reglamento (CE) no 1370/2007, “la introducción de una competencia regulada entre operadores permite conseguir servicios más atractivos, innovadores y baratos”. Sin perjuicio de que se efectúe un análisis específico, sería razonable considerar que la subcontratación de más de un tercio de los servicios públicos de transporte exigiría una justificación de peso, en particular a la vista de los objetivos del artículo 5, apartado 2, letra e), tal como se ha explicado. Estos servicios de transporte suelen expresarse en términos de valor. En todo caso, la subcontratación por parte de operadores internos debe realizarse de conformidad con la*

legislación pertinente en materia de contratación pública. Por último, el Reglamento (CE) no 1370/2007 no impide que el contrato de servicio público estipule un porcentaje mínimo de servicios de transporte en términos de valor que deban ser subcontratados por el operador al amparo de un contrato de servicio público. El contrato puede estipularlo siempre y cuando se cumplan las disposiciones de dicho Reglamento, en particular las relativas a la proporción máxima de un contrato de servicio público que puede subcontratarse».

En consecuencia, finalmente, prevalecería la aplicación del principio de especialidad al de temporalidad y el Reglamento sería aplicable. Sin embargo, como la propia comunicación de la Comisión aclara, «el artículo 5, apartado, 1 del Reglamento (CE) nº 1370/2007 establece que los contratos de servicio (público) de transporte de viajeros en autobús o tranvía se adjudican con arreglo a las Directivas 2004/17/CE (1) y 2004/18/CE (2), salvo cuando dichos contratos adopten la forma de contratos de concesión de servicios. La adjudicación de contratos de servicio (público) de transporte de viajeros en autobús o tranvía se rige pues exclusivamente por las Directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE».

Este apartado revela una menor vinculación al Reglamento por parte de los contratos de servicios de transporte, ya que como se explicaba en el anterior párrafo, la mayor severidad frente a la subcontratación del artículo 4.7 del Reglamento responde a un intento de compensar las particularidades del régimen de adjudicación del artículo 5 del mismo; sin embargo, este artículo no es la base de la adjudicación de los contratos de servicios de transporte de viajeros en autobús, sino que lo son las Directivas o, en el caso español, la LCSP que transporten tales directivas. Asimismo, si se observa la dicción literal del artículo 4.7 del Reglamento, en él se dice que el contratista debe asumir «una parte importante», mientras que su artículo 5.2 en su letra e) dice que debe ser «la mayor parte». Esta divergencia de expresiones parece dejar claro que en los contratos de servicios de transportes la subcontratación puede superar al 50%, siempre, eso sí, con la debida motivación.

En el ámbito español, el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales, resulta aplicable a los contratos de transporte, pero solo cuando se traten de contratos de concesión de servicio, por lo que se excluyen dentro de su ámbito objetivo de aplicación a los contratos de servicios de transportes, tal y como se infiere de sus artículos 1.2 y 11. A sensu contrario, cabe entender que los contratos de servicios de transportes se rigen por la LCSP. Esta exclusión del ámbito objetivo de aplicación está en consonancia con el artículo 5.1 del Reglamento 1370/2007.

El artículo 215 de la LCSP y el artículo 117 del Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, se asientan sobre la misma concepción de la subcontratación y tienen una redacción muy

similar. En ese sentido, el Real Decreto-Ley 3/2020 no parece tomar de referencia al artículo 4.7 del Reglamento 1370/2007, sino a la jurisprudencia marcada por el TJUE. No obstante, debe tenerse presente que, aunque el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, sea una norma vigente y plenamente aplicable, jerárquicamente está subordinada al Derecho de la Unión Europea, al que no puede derogar. Por lo que de ser inaplicable el artículo 4.7 del Reglamento, el fundamento no puede ser la discordancia con la ley española, en tanto en cuanto está inferior jerárquicamente al Reglamento. La base de esta decisión debería radicar, en todo caso, en un posible desplazamiento fruto de la aprobación de las nuevas Directivas o de la doctrina vigente del TJUE en materia de subcontratación. No obstante, como ya se ha dicho, a juicio de la Comisión europea, no parece que este haya producido este desplazamiento (si bien hay que tener en cuenta que la comunicación es anterior a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 14 de julio de 2016, en el asunto C-406/14, así como a las siguientes que han confirmado esta línea). Además, aunque el Real Decreto-Ley 3/2020 no incluye una previsión de este tipo, el artículo 296 de la LCSP para los contratos de servicios sigue limitando la subcontratación a las prestaciones accesorias. En la misma línea que la Comisión, puede citarse el informe 18/2018, de 17 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Haciendo síntesis de todo lo expuesto, la forma de proceder que garantiza una mayor seguridad jurídica es la que se sugiere a continuación. En primer lugar, hacer constar expresamente en los pliegos que se admitirá la subcontratación. En segundo, justificar adecuadamente dentro de los informes pertinentes del procedimiento las causas y alcance del recurso a dicha contratación. A pesar de que podría haber argumentos para sostener que, al tratarse de un contrato de servicios de transporte de viajeros por autobús, las limitaciones del artículo 4.7 del Reglamento 1370/2007 no son aplicables, también hay ciertos elementos que pueden permitir inferir lo contrario (a diferencia de los contratos de concesión de servicio de transportes donde la aplicabilidad está fuera de todo cuestionamiento tras lo examinado). En consecuencia, se concluye que es mejor tomar de referencia este artículo 4.7, si bien en conexión con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 14 de julio de 2016, en el asunto C-406/14, y valorando, en cualquier caso, que estas restricciones a la subcontratación tienen más fuerza en las concesiones y no en los contratos de servicio de transporte.