

Nº Extraordinario
Marzo 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA LCSP 2017

© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**NÚMERO EXTRAORDINARIO
DE LA REVISTA DEL
GABINETE JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA.**

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA
CON LA LCSP 2017**

Volumen I

Número Extraordinario. Marzo 2019

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina



Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

RELACION DE AUTORES	13
PRESENTACIÓN	
D. Jaime Pintos Santiago	15

Volumen I

I. COMPRA PÚBLICA Y VALORES

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LCSP 2017.	
D. José Antonio Moreno Molina	21

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MENCIÓN ESPECIAL A LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.	
D. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y D. José Ignacio Herce Maza	35

LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA PREVISTAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA DE LAS CLAVES DE BÓVEDA PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.	
D. Francisco Puerta Seguido.....	61

COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MAPA DE RIESGOS EN LA CORRUPCIÓN Y CLAVES PARA SU GESTIÓN.	
D ^a . Concepción Campos Acuña	101

II. AMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA COMPRA PÚBLICA

APLICACIÓN DE LA LCSP A LAS ENTIDADES DE SU LIBRO TERCERO. RÉGIMEN JURÍDICO. NECESARIAS INTERPRETACIONES DE SU REGULACIÓN LEGAL.
D. Álvaro García Molinero 119

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL ENTRE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO: LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.
D^a. Beatriz Montes Sebastián 139

III. COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE

CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA.
D^a. Consuelo Alonso García 159

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD.
D^a. Belén López Donaire 177

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MOTOR DE COHESIÓN SOCIAL TRAS LA LEY 9/2017.
D. Javier Miranzo Díaz 207

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS.
D^a. Beatriz Vázquez Fernández 229

COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.
D. Guillermo Yáñez Sánchez 247

IV. COMPRA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTOS

LAS CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO UN AÑO DESPUÉS.

D. Juan Carlos García Melián 271

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN.

D. Martín María Razquin Lizarraga 289

HACIA LA SIMPLIFICACIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN MATERIA PROCEDIMENTAL: LAS NUEVAS MODALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO.

D. Rafael Fernández Acevedo 309

LA INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

D. José Ignacio Herce Maza 335

¿UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D. Antonio Villanueva Cuevas 361

V. COMPRA PÚBLICA Y ENTIDADES LOCALES

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA NUEVA LCSP.

D. Juan Marquina Fuentes 385

LAS ENTIDADES LOCALES MENORES Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, UN AÑO TRAS SU PUBLICACIÓN. DE DÓNDE VENIMOS, DÓNDE ESTAMOS Y A DÓNDE VAMOS CON LA LCSP.

D. Vicente Furió Durán 403

LA REINTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
LOCALES EN RELACIÓN A LAS MODALIDADES
CONTRACTUALES.

D. Juan Alemany Garcías 425

BASES DE PUBLICACIÓN..... 449

Volumen II

VI. COMPRA PÚBLICA ELECTRÓNICA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA UN AÑO
DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP 2017.

D. José Luis Aristegui Carreiro 466

EL DEUC Y SU MARCO DE UTILIZACIÓN EN LOS
PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D. Jaime Pintos Santiago 477

LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN: UNA CUESTIÓN TODAVÍA PENDIENTE.

D. Jorge Fondevila Antolín 495

LOS CONTRATOS DE OPERADOR DE NOMBRES DE
DOMINIO DE INTERNET DESDE EL PUNTO DE VISTA DE
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

D. Luis Moll Fernández-Figares 521

VII. PREPARACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA COMPRA PÚBLICA

LA NECESIDAD DE LA PLANIFICACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA,
DEL USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Y DEL USO ADECUADO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D^a. M^a. Rosario Delgado Fernández 545

VALORES ECONÓMICOS DE LOS CONTRATOS: COSTE Y BENEFICIO (EL PRECIO).

D. Juan Carlos Gómez Guzmán 567

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA RESPECTO DE LA SOLVENCIA POR PARTE DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS.

D^a. Aitana P. Domingo Gracia 585

LCSP Y REGISTROS OFICIALES DE LICITADORES.

D. Luis Gracia Adrián 605

EL TEST DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

D. José Miguel Carbonero Gallardo 621

RESPONSABLE DEL CONTRATO *"IN VIGILANDO"*.

D. Julián de la Morena López 643

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

D. Juan Antonio Gallo Sallent 657

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

D. Roberto Mayor Gómez 673

CONTROL Y GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA UN AÑO DESPUÉS.

D. Francisco Javier García Pérez 689

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: UN AÑO DE APLICACIÓN DE LA LCSP.

D. Javier Píriz Urueña 709

VIII. TIPOS DE CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA

EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA LEY 9/2017. D ^a . Patricia Valcárcel Fernández	729
LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS PARA PRESTAR SERVICIOS PÚBLICOS TRAS LA LCSP Y EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LOS RIESGOS Y LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES PRIVADAS. D. José Manuel Martínez Fernández	753
LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LA LCSP: UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA. D. Javier Mendoza Jiménez	783
LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. D ^a . Estela Vázquez Lacunza	799

IX. COMPRA PÚBLICA Y URBANISMO

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y URBANISMO. D. Ángel José Cervantes Martín	819
BASES DE PUBLICACIÓN	839



JAIME PINTOS SANTIAGO
Director

BELÉN LÓPEZ DONAIRE
Coordinadora

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA
LCSP 2017**

José Antonio Moreno Molina	Jorge Fondevila Antolín
Jaime Rodríguez-Arana	Luis Moll Fernández-Figares
Muñoz	M ^a . Rosario Delgado
Francisco Puerta Seguido.	Fernández
Concepción Campos Acuña	Juan Carlos Gómez Guzmán
Álvaro García Molinero	Aitana P. Domingo Gracia
Beatriz Montes Sebastián	Luis Gracia Adrián
Consuelo Alonso García	José Miguel Carbonero
Belén López Donaire	Gallardo
Javier Miranzo Díaz	Julián de la Morena López
Beatriz Vázquez Fernández	Juan Antonio Gallo Sallent
Guillermo Yáñez Sánchez	Roberto Mayor Gómez
Juan Carlos García Melián	Francisco Javier García
Martín María Razquin	Pérez
Lizarraga	Javier Píriz Urueña
Rafael Fernández Acevedo	Patricia Valcárcel Fernández
Jose Ignacio Herce Maza	José Manuel Martínez
Antonio Villanueva Cuevas	Fernández
Juan Marquina Fuentes	Javier Mendoza Jiménez
Vicente Furió Durán	Estela Vázquez Lacunza
Juan Alemany Garcías	Ángel José Cervantes
Juan Luis Arístegui Carreiro	Martín
Jaime Pintos Santiago	

PRESENTACIÓN

El 9 de marzo se cumple un año de la entrada en vigor de la LCSP2017, de la inmensa mayoría de sus disposiciones, dado que unas pocas han entrado en vigor posteriormente y aun encontramos alguna aislada que todavía está pendiente para su entrada en vigor de desarrollo reglamentario.

Pero con tranquilidad se puede afirmar que la LCSP cumple un año, su primer aniversario, en el que ya ha tenido modificaciones y sobre la que se ciernen otras, ya en tramitación.

No trata esta presentación de hacer un balance de este primer año, algo que ya se ha realizado¹, sino de mirar al futuro y contribuir con este número extraordinario de la Revista Gabilex a la profesionalización de la contratación pública. Ese es el objetivo, contribuir en abierto a través de una herramienta como puede ser este manual que ahora publicamos para el uso y provecho de la comunidad de contratación pública.

¹ Véase por ejemplo MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., "Acertos, desacertos y visión de futuro de la LCSP a un año vista", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, núm. 159, ene-feb 2019, págs. 6-11. Número especial "La LCSP, un año después" coordinado por José Antonio Moreno Molina y Jaime Pintos Santiago.



Un gran número, por sus dimensiones, objetivos y autores/as, un destacadísimo número que hace del mismo algo extraordinario, dando cuenta así de lo que también representa para la Revista.

Un número que ideé, preparé y organicé desde cero, con la inestimable y siempre entregada colaboración en la coordinación de Belén López Donaire. Un número que humildemente me permito decir, después de tanto tiempo dedicado a la contratación pública y a esta Revista, me enorgullece dirigir.

Un número distribuido en bloques temáticos, que ya habla de compra pública y no de contratación pública. Bloques en los que encontramos asuntos concretos y autores/as de reconocida trayectoria. Un número que en definitiva dará mucho que leer.

Para ello no hay más que consultar el índice. 38 estudios, sobre temas importantes, escritos desde una visión plural y complementaria en la que se encuentra la visión del sector público estatal, autonómico, provincial, local, universitario, instrumental,... y el sector privado, también con representación diversificada; la visión jurídica, tecnológica, técnica, empresarial, académica y profesional, con varios puntos de vista (informático, jurista, auditor, abogado, gestor, ...); en conclusión la visión multisectorial y multidisciplinar que he pretendido enriquezca esta obra en abierto, en la Red de redes, para uso y disfrute de todos/as. Como decíamos al inicio, un gran número extraordinario.

Para finalizar, GRACIAS: a la Revista Gabilex, por la función jurídica y social que cumple y la oportunidad que supone para muchas personas (escritores y lectores); a la ya meritada coordinadora de este especial; a la totalidad de los/as autores/as partícipes del mismo, sin



cuyo trabajo no hubiera sido tampoco posible y, por supuesto, a los lectores que se acerquen a él, verdaderos protagonistas de este número extraordinario.

Jaime Pintos Santiago

Gabilex
Nº Extraordinario
Marzo 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**BLOQUE II:
AMBITO SUBJETIVO Y OBETIVO DE LA
COMPRA PÚBLICA**

Gabilex
Nº Extraordinario
Marzo 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL ENTRE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO: LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.

Beatriz Montes Sebastián

Directora de Asesoría Jurídica de la
Fundación Universidad-Empresa de Valencia

RESUMEN: El régimen jurídico de la Cooperación Vertical o institucionalizada entre entidades pertenecientes al sector público como sistema que permite a dichas entidades autoabastecerse con recursos propios o de otras entidades públicas, sin necesidad de acudir al mercado y por tanto de aplicar la normativa de contratación pública, se reguló por primera vez como tal en la 4ª Generación de Directivas de Contratación pública, aprobadas en el año 2014 y cuya entrada en vigor se produjo el 18 de abril de 2016. Dicha regulación que posteriormente ha sido contemplada en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (en adelante "LCSP"), ha pretendido dar seguridad jurídica en un contexto donde no existía una regulación clara y precisa de los requisitos exigidos para ello y en el que tales mecanismos eran recurrentemente cuestionados por el Tribunal de Cuentas, los Órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas (en

adelante "OCEX") y la Comisión Nacional de los Mercados y Competencia (en adelante "CNMC"). En el presente trabajo se pretende analizar precisamente dichos requisitos y su aplicación práctica transcurrido un año desde la entrada en vigor de la LCSP.

PALABRAS CLAVE: Cooperación vertical, cooperación horizontal, Medios propios, encargo, control análogo, contratación pública.

ABSTRACT: The legal regime of vertical cooperation between entities belonging to the public sector as a system that allows these entities to self-supply with their own resources or other public entities, without having to go to the market and therefore apply the public procurement regulations, was regulated for the first time in the 4th Generation of Public Procurement Directives, approved in 2014 and whose entry into force occurred on April 18, 2016. This regulation has been subsequently contemplated in Law 9/2017, of November 8, Contracts of the Public Sector (hereinafter "LCSP"), has intended to provide legal security in a context where there was no clear and precise regulation of the requirements needed for this. These mechanisms of inhouse providing were recurrently questioned by the Court of Accounts, the Bodies of External Control of the Autonomous Communities (hereinafter "OCEX") and the National Commission of the Markets and Competition (hereinafter "CNMC"). The present work intends to analyze precisely those requirements and their practical application one year after the entry into force of the LCSP.

KEYWORDS: Vertical cooperation, horizontal cooperation, In house providing, order, control which is similar to that which it exercises over its own departments, public procurement.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS POR PODERES ADJUDICADORES. 2.1. Requisitos exigidos. 2.2. Análisis de los casos analizados por los Tribunales. III. LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS POR ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO TIENEN CARÁCTER DE PODER ADJUDICADOR. 3.1. Requisitos exigidos. 3.2. Análisis de las cuestiones planteadas a los órganos consultivos en materia de contratación. IV. CONCLUSIONES. V. RECOMENDACIONES

I. INTRODUCCIÓN

La nueva normativa de contratación pública instaurada por las Directivas de Contratación aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo en fecha 26 de febrero de 2014² (en adelante “Directivas de Contratación”) y que entraron en vigor el 18 de abril de 2016, así como la aprobación más de un año después de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre sobre Contratación Pública (en adelante “LCSP”) han establecido un nuevo régimen jurídico en la contratación pública.

Un cambio de paradigma donde se hace prevalecer la contratación estratégica con objetivos que van más allá

² La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (en adelante “Directivas de Contratación”).

del aprovisionamiento de bienes y de servicios por parte de las entidades pertenecientes al sector público, para pasar a llevar a cabo verdaderas políticas sociales, medioambientales y de innovación. Una contratación que ha incrementado los controles en todas las fases de la contratación, tanto en la preparación y adjudicación como en la de ejecución, para conseguir una contratación más eficiente y mejor para la ciudadanía.

Sin perjuicio de la aplicación generalizada de la normativa de contratos públicos, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante "TJUE") positivizada en las Directivas de Contratación y posteriormente en la LCSP reconoce excepciones a su aplicación, en supuestos de cooperación vertical o institucionalizada y horizontal o no institucionalizada.

Es objeto de estudio y análisis en el presente artículo los requisitos exigidos en la LCSP para poder excepcionar la aplicación de la contratación pública en los supuestos de cooperación vertical y su interpretación por los Tribunales, con la finalidad de clarificar aquellas cuestiones que pueden generar dudas en su aplicación, transcurrido el primer año desde su entrada en vigor.

II. LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS POR PODERES ADJUDICADORES

Pasamos a analizar en la LCSP la cooperación vertical o institucionalizada³, los encargos a medios propios

³ Ver DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público (página 15 y 16) "en adelante "Documento de Trabajo-2011).

personificados y en definitiva la Doctrina In house Providing desarrollada por el TJUE. En primer lugar, el fundamento jurídico para poder acudir a dicha figura se encuentra contemplado en el artículo 31 de la LCSP. Así, dicho artículo titulado "*Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal*" permite a las entidades del sector público cooperar entre sí, sin que dicha cooperación se considere contractual, y por tanto sin que para dicha cooperación sea necesario llevar a cabo un procedimiento de licitación pública.

Los encargos a medios propios por poderes adjudicadores se encuentran recogidos en el artículo 32 de la LCSP.

2.1. Requisitos exigidos

Para que un poder adjudicador pueda organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de un contrato de obras, servicios, suministros, concesión de obras o concesión de servicios a cambio de una compensación tarifaria valiéndose de otra entidad del sector público que tenga la consideración de medio propio es necesario:

- 1) Un poder adjudicador.
- 2) Una entidad del sector público que tenga la condición de medio propio.
- 3) Un objeto contractual (una obra, servicio, suministro, concesión de obras o concesión de servicios).

Para que una entidad tenga la condición de medio propio, dicha entidad debe cumplir los siguientes requisitos que tienen carácter cumulativo:



1º.- **Control Análogo:** Se exige que el poder adjudicador ejerza sobre el medio propio un control, directo o indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios.

Existe control análogo cuando el poder adjudicador puede:

- Ejercer sobre el medio propio una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas,
- Conferir encargos de ejecución obligatoria por así establecerlo en los estatutos o normas de creación, de manera que exista una unidad de decisión, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente,
- Determinar la compensación tarifaria que debe percibir el medio propio, atendiendo al coste efectivo soportado por el mismo para el desarrollo y ejecución del encargo.

2º.- **80% de actividad del medio propio para el poder adjudicador:** Para calcular dicho porcentaje se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable.

Como mecanismo de control se ha contemplado la obligación de incluir en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del medio propio el cumplimiento de este requisito que adicionalmente deberá ser objeto de verificación por el auditor de cuentas del medio propio.

3º.- **No participación privada.**- Se exige cuando el medio propio sea una persona jurídico-privada (sociedad, asociación o fundación) que la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública. Este requisito ha sido contemplado de forma más restrictiva que el previsto por la Directiva 2014/24 en la que en determinados supuestos, sí se permite la participación privada en el capital del medio propio siempre y cuando no exista posibilidad de bloqueo de las decisiones.

4º.- **Requisitos formales:** La Ley como requisitos adicionales a los exigidos por las Directivas de Contratación contempla los siguientes, fruto de las distintas enmiendas introducidas por los grupos parlamentarios en la fase de tramitación parlamentaria de la Ley.

Se exigen pues como requisitos de carácter formal:

1.- Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio. Debe existir un acto expreso del poder adjudicador que autorice al medio propio a ser calificado como tal.

2.- Verificación de que el medio propio cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social. Dicho requisito se introduce a requerimiento del Tribunal de Cuentas y de los OCEX que venían estableciendo en sus informes la necesidad de que el medio propio fuera idóneo y tuviera medios materiales y personales suficientes para cumplir el encargo.

3.- La condición de medio propio debe reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, que deberán contemplar asimismo (i) el poder adjudicador



respecto del cual tiene esa condición; (ii) el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y (iii) la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En este sentido, la Ley contempló un plazo de seis meses que venció el pasado mes de septiembre, para que los medios propios adaptaran sus estatutos sociales en los términos previstos en el artículo 32.2.d de la LCSP.

Además de los requisitos anteriormente citados, la Ley ha contemplado medidas adicionales de publicidad tanto a los medios propios como a los poderes adjudicadores que los controlan, estableciendo la obligación del poder adjudicador y del medio propio de publicar en la Plataforma de Contratación del Sector Público, la condición de medio propio y los encargos realizados, siendo estos últimos susceptibles de recurso especial ante los Tribunales de Recursos Contractuales, cuando el encargo conferido incumpla los requisitos legalmente establecidos.

2.2. Análisis de los casos analizados por los Tribunales

A fecha de emisión del presente trabajo no son muchas las resoluciones de los distintos Tribunales de Recursos contractuales sobre la materia tras la aprobación de la LCSP. En concreto, pueden destacarse las siguientes:



1) Resolución nº 175/2018 de 23 de febrero de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.- En el supuesto planteado se analiza la legalidad del acuerdo del Consejero de Fomento D. N.J.G.L. por el que se aprueba la encomienda de gestión a la Empresa de Transformación Agraria S.A, S.M.E., M.P., TRAGSA, para la ejecución de las obras del proyecto de obras ordinarias de reforma de la Avenida Alcalde Sánchez Prado, Plaza Virgen de África, Calle Jaúdenes y aledaños, en Ceuta, con un presupuesto de 7.812.758,67 euros. En esta ocasión, el Tribunal consideró que no tenía competencia para analizar el acuerdo adoptado, al tratarse de un acuerdo adoptado y de un recurso interpuesto con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP.

2) Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, de 20 de junio de 2018. En el asunto planteado se cuestionaba la legalidad de un acuerdo del Ayuntamiento de Terrassa en el que se acordaba la remunicipalización del servicio de abastecimiento de agua y la creación de la entidad de derecho público "TERRASSA CICLE DE L'AIGUA, EPEL", al considerar el recurrente que no se había cumplido los requisitos establecidos en el artículo 32 de la LCSP. El Tribunal en este caso consideró que no era objeto de recurso especial al estar dentro del perímetro de las potestades de auto organización por las cuales se transfieren competencias y responsabilidades entre poderes públicos en los términos previstos en el artículo 1.6 de la Directiva, en virtud del cual *"6. Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de*



organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva."

3) Resolución nº 249/2018 de 28 de noviembre de 2018 del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.- En este caso se recurre el encargo realizado por el Ayuntamiento Girona respecto a los servicios de atención domiciliaria en favor de SUMAR, SERVEIS PÚBLICS D'ACCIÓ SOCIAL DE CATALUNYA, SL, por un importe de 2.506.557,50 euros. El Tribunal analiza el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 32 y la causa que justifica el encargo, en este caso, la eficiencia, concluyendo que el encargo es adecuado y desestimando en consecuencia el recurso.

4) Resolución nº 1156/2018 de 17 de diciembre de 2018 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.- En el supuesto planteado se analiza la legalidad del encargo de la Dirección General del Agua del Ministerio para la Transición Ecológica a TRAGSA de las "Obras correspondientes al proyecto de recuperación ambiental del río Segura tramo comprendido entre los Sotos de los Álamos y la Hijuela. T.M de Molina de Segura y Alguazas (Murcia)" con un plazo de ejecución de 24 meses y un importe de 965.000€. La entidad recurrente afirmaba que el encargo realizado no cumplía la legalidad y que las causas alegadas sobre eficiencia y urgencia no se daban en este caso. En relación con esto último, el Tribunal consideró que *"la naturaleza de los encargos del artículo 32 de la LCSP se configura como una técnica auto-organizativa de cooperación vertical, a la que no resulta de aplicación la normativa contractual y que difiere de la figura jurídica de la encomienda de gestión que regula el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector que exige como requisitos que concurren razones de eficacia o*

cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño. Por lo tanto estos dos requisitos no son objeto de examen para verificar la adecuación y cumplimiento de los requisitos legales de los encargos de la LCSP.”

Así, el Tribunal analizó el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos en el artículo 32 y para ello tuvo en cuenta:

- 1º) la conceptualización propia del encargo de acuerdo con lo previsto en el artículo 32.1.
- 2º) el requisito del control y de control conjunto
- 3º) el requisito del 80% de la actividad
- 4º) el requisito del capital privado
- 5º) el requisito formal.- estatutos

Tras el análisis de dichos requisitos, el Tribunal concluyó que el encargo realizado cumplía los requisitos establecidos en el artículo 32, desestimando el recurso interpuesto.

III. LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS POR ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO TIENEN CARÁCTER DE PODER ADJUDICADOR

3.1. Requisitos exigidos

El artículo 33 de la LCSP contempla los requisitos exigidos para que una entidad perteneciente al sector público pero que no tenga la condición de poder adjudicador pueda realizar encargos a otra entidad del



sector público. Así, los requisitos exigidos en este caso son:

- 1) **Control análogo:** Que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.
- 2) **No participación privada:** Que la totalidad del capital social o patrimonio del medio propio sea de titularidad pública.
- 3) **80 % de actividad:** 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.

El cumplimiento efectivo del requisito establecido en la presente letra deberá quedar reflejado en la Memoria integrante de las Cuentas Anuales del ente destinatario del encargo y, en consecuencia, ser objeto de verificación por el auditor de cuentas en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales de conformidad con la normativa reguladora de la actividad de auditoría de cuentas.

Por su parte, se establece una especialidad en relación con las entidades pertenecientes al sector público estatal. Así el apartado 3, del artículo 33 contempla *"El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una persona jurídica del sector público estatal realice un encargo a otra persona jurídica del sector público estatal, siempre que una de ellas, ya sea la que realiza el encargo o la que lo recibe, ejerza el control de la otra o participe directa o indirectamente en*



su capital social". Analizamos en el siguiente apartado las implicaciones de este precepto.

3.2. Análisis de las cuestiones planteadas a los órganos consultivos en materia de contratación

En relación con el régimen jurídico aplicable en los supuestos contemplados en el artículo 33, cabe destacar el Informe de la Abogacía General del Estado, Informe Ref.: A.G. FOMENTO 2/18 (R – 403/2018) de 30 de mayo de 2018, en el que se llega a las siguientes conclusiones:

1) Ante la cuestión sobre la aplicación a los encargos a medios propios del artículo 33 de la LCSP, de las reglas sobre cómputo del porcentaje de actividad del artículo 32.2.b) de dicho texto legal, se considera que dichas reglas son también aplicables a los encargos contemplados en el artículo 33.

2) Ante la cuestión sobre la aplicación a los encargos a medios propios del artículo 33 de la LCSP de la regla del artículo 32.2.d), que prohíbe acudir a las licitaciones convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medio propio, el informe de la Abogacía concluye que si bien es cierto que no se exige el cumplimiento del requisito formal del establecimiento de su condición de medio propio en los estatutos, debe aplicarse la misma limitación en relación a la participación de estas entidades en las licitaciones convocadas por las entidades que les controlan y ello por entender que el recurso a dicho mecanismo que debe constituir una excepción en la aplicación de la normativa de contratación pública no puede falsear la competencia, circunstancia que se produciría en el caso de que además de recibir encargos pudieran competir en el mercado en



licitaciones convocadas por las entidades que les controlan con otros operadores económicos.

3) Ante la cuestión sobre la aplicación a los encargos a medios propios de las limitaciones a la "subcontratación", la Abogacía del Estado en su informe concluye que dichas limitaciones son también aplicables a los encargos previstos en el artículo 33, al considerar que la idoneidad de los medios propios a los que se realiza el encargo debe ser exigible en todos los casos, con independencia de la entidad que lo realiza.

4) En relación con el apartado 33.3 de la LCSP relativo a los encargos entre entidades del sector público estatal, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha tenido la ocasión de pronunciarse en su Informe número de expediente 29/18 en el sentido que considerar *"la existencia de encargos entre las entidades del sector público estatal, siempre que exista una relación de control, en los términos fijados en el repetido apartado 3 y sin necesidad de cumplir cada uno de los requisitos previstos con anterioridad."* *"Por esta razón parece razonable entender que en el apartado segundo del artículo 33 se alude a las entidades del sector público en general mientras que en el apartado tercero se particulariza mediante una norma especial en las entidades del sector público estatal, respecto de las cuales se establece una notable flexibilización que permitiría entender que basta con acreditar un control o una participación en el capital de otra entidad del sector público para justificar el recurso al encargo".* Y así la Junta Consultiva de Contratación concluye *"En los casos en que entidades del sector público que no son poderes adjudicadores tengan el control o participen en el capital de otras entidades de la misma naturaleza podrán acudir a la figura del encargo a medios propios prevista en el artículo 33.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de*



Contratos del Sector Público, sin tener que sujetarse a las reglas de contratación establecidas para ellas.

Por tanto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha considerado que existe mayor flexibilidad en los encargos realizados por entidades del sector público que no tienen la condición de poder adjudicador, al ser éste un supuesto no contemplado por las Directivas de Contratación, estando justificados por razones de eficiencia los encargos entre sociedades de un mismo grupo, sin tener que sujetarse a las reglas de contratación establecidas para ellas. Dicha posición no es compartida por la Abogacía del Estado que considera que las lagunas que puedan existir en torno al régimen jurídico aplicable a los encargos del artículo 33 deben completarse con las normas establecidas en el artículo 32.

5) Finalmente, y en relación al IVA en el caso de los encargos del artículo 33, la Abogacía del Estado considera que no resulta aplicable a los encargos a medios propios del artículo 33 de la LCSP la regla de no sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido, aplicable a los encargos realizados por los poderes adjudicadores.

IV. CONCLUSIONES

Así, en atención a lo anteriormente expuesto, cabe concluir:

1) Los sistemas de cooperación vertical son una técnica de auto organización que permite a las entidades del sector público organizarse ejecutando de manera

directa prestaciones propias de los contratos sin aplicar la normativa de contratación pública.

2) La LCSP ha establecido los requisitos exigidos para ello dando mayor seguridad jurídica a las entidades del sector público y permitiendo asimismo a los operadores económicos su revisión a través del recurso especial en materia de contratación.

3) Los encargos de los poderes adjudicadores a los medios propios están previstos en el artículo 32 que regula de forma pormenorizada los requisitos exigidos y el régimen jurídico aplicable.

4) Los encargos de las entidades del sector público que no tienen carácter de poder adjudicador se regulan en el artículo 33, siendo éste un régimen más flexible que el previsto para los encargos realizados por los poderes adjudicadores.

V. RECOMENDACIONES

Así, en los casos en los que el encargo se realice por un poder adjudicador, será necesario que en el expediente administrativo se incluya:

1) La Resolución previa en la que se autorice al medio propio a serlo.

2) Motivación adecuada y suficiente en el expediente de la causa que justifica el encargo.

3) Verificación de que se cumplen todos y cada uno de los requisitos establecidos para ser medio propio y entre ellos, la idoneidad del medio, el control análogo, el 80% de la actividad, la no participación privada en el

capital, la mención en los Estatutos de la condición de medio propio y su régimen jurídico.

4) Publicidad del encargo realizado y del medio propio en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Por su parte, en los casos en los que el encargo se realice por una entidad que no tenga la condición de poder adjudicador, será necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- 1) Serán aplicables al medio propio las limitaciones en cuanto a subcontratación y prohibición de concurrir a licitaciones.
- 2) El 80% de actividad se calculará conforme a las reglas previstas en el artículo 32.
- 3) Los encargos realizados estarán sujetos al IVA correspondiente.
- 4) Las entidades del sector público estatal que no tengan la condición de poder adjudicador podrán realizar encargos únicamente acreditando un control o una participación en el capital de otra entidad del sector público.