

INFORME SSCC2024/11 PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE DESARROLLA EL RÉGIMEN JURÍDICO Y ECONÓMICO DE LOS ENCARGOS A EJECUTAR POR PARTE DE LA SOCIEDAD ANDALUZA PARA EL DESARROLLO DE LAS TELECOMUNICACIONES, S.A. MEDIO PROPIO.

Remitido por la Ilma. Sra Secretaría General Técnica de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio, proyecto de Decreto referenciado para su informe, conforme al artículo 78.2.a) del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, se formulan los siguientes:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Con fecha 16 de febrero de 2024 se ha remitido proyecto de Decreto referenciado, adjuntándose el expediente.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- El objeto del proyecto de Decreto que nos ocupa sería, siguiendo su artículo primero, regular el *“régimen jurídico y económico de los encargos a ejecutar por la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. Medio propio (en adelante SANDETEL M.P.)”*.

SEGUNDA. Las competencias de la Comunidad Autónoma en cuya virtud se fundamenta el Borrador de Decreto, se hallarían en diferentes apartados del artículo 47 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, LO 2/2007, de 19 de marzo. Así, podrían invocarse aquí el artículo 47.1.4º sobre organización a efectos contractuales de la Administración propia, 47.1.1º sobre estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía, así como en el artículo 47.2.1º en cuanto al régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma y el régimen estatutario de su personal y el artículo 47.2.3º sobre los contratos y concesiones administrativas .

De esta forma, determinaría el mencionado artículo 47 del EAA:

“Artículo 47. Administraciones Públicas andaluzas

1 . Son competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma :

1ª El procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia de la Comunidad Autónoma , la estructura y regulación de los órganos administrativos públicos de Andalucía y de sus organismos autónomos .

2ª Los bienes de dominio público y patrimoniales cuya titularidad corresponde a la Comunidad Autónoma , así como las servidumbres públicas en materia de su competencia , en el marco del régimen general del dominio público .

3ª Las potestades de control , inspección y sanción en los ámbitos materiales de competencia de la Comunidad Autónoma , en lo no afectado por el artículo 149 . 1 . 18ª de la Constitución .

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 1 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

4ª Organización a efectos contractuales de la Administración propia .

2 . Son competencias compartidas de la Comunidad Autónoma :

1ª El régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y régimen estatutario de su personal funcionario y estatutario , así como de su personal laboral , sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 76 de este Estatuto .

2ª El procedimiento administrativo común .

3ª Los contratos y concesiones administrativas .”

De acuerdo con tales previsiones la Comunidad Autónoma dispondría de competencias suficientes pues para adoptar el proyecto de Decreto que nos ocupa.

TERCERA.- Por lo que se refiere al marco normativo en el que se encuadraría el presente proyecto, en lo que respecta a la normativa estatal, habríamos de citar la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, que habría venido a regular los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados en los términos que reproduciremos a continuación.

La Ley de Contratos del Sector Público regularía esta materia en sus artículos 32 y 33, conforme a los cuales:

Artículo 32. Encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados

1 . Los poderes adjudicadores podrán organizarse ejecutando de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras , suministros , servicios , concesión de obras y concesión de servicios , a cambio de una compensación tarifaria , valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos , ya sea de derecho público o de derecho privado , previo encargo a esta , con sujeción a lo dispuesto en este artículo , siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos de conformidad con lo dispuesto en los tres apartados siguientes , y sin perjuicio de los requisitos establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público .

El encargo que cumpla dichos requisitos no tendrá la consideración de contrato .

2 . Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público aquellas personas jurídicas , de derecho público o de derecho privado , que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación :

a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de los mismos un control , directo o indirecto , análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades , de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas .

En todo caso se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios o unidades cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el acto de creación , de manera que exista una unidad de decisión entre ellos , de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo .

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 2 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



La compensación se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y , en la forma que reglamentariamente se determine , 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 .

Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio .

b) 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 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 A estos efectos , para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo 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 , y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo .

Cuando debido a la fecha de creación o de inicio de actividad del poder adjudicador que hace el encargo , o debido a la reorganización de las actividades de este , el volumen global de negocios , u otro indicador alternativo de actividad , de acuerdo con lo establecido en el párrafo anterior , no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores a la formalización del encargo o hubieran perdido su vigencia , será suficiente con justificar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad , en especial mediante proyecciones de negocio .

c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico - privada , además , la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación , previo cumplimiento de los siguientes requisitos :

1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio , de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social .

Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar : el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición ; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir ; y establecer 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 todo caso , se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2.º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos , subgrupos y categorías que ostente .

3 . El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que la persona jurídica controlada , siendo un poder adjudicador , realice un encargo al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada , directa o indirectamente , por el mismo poder

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 3 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	



adjudicador , siempre que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica a la que se realice el encargo.

4 . Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas , de derecho público o de derecho privado , que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación :

a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades .

Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:
1.º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos , pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos .

2.º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo .

3.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos .

La compensación se establecerá , por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y , en la forma que reglamentariamente se determine , 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 .

Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio .

b) 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 los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores . El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo .

c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su apartado 2 letras c) y d) .

5 . El incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4 , según corresponda en cada caso , comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y , en consecuencia , la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada ; sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución .

6 . Los encargos que realicen las entidades del sector público a un ente que, de acuerdo con los apartados segundo, tercero o cuarto de este artículo, pueda ser calificado como medio propio personificado del primero o primeros, no tendrán la consideración jurídica de contrato, debiendo únicamente cumplir las siguientes normas:

a) El medio propio personificado deberá haber publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente su condición de tal ; respecto de qué poderes adjudicadores la ostenta ; y los sectores de actividad en los que , estando comprendidos en su objeto social , sería apto para ejecutar las prestaciones que vayan a ser objeto de encargo .

b) El encargo deberá ser objeto de formalización en un documento que será publicado en la Plataforma de Contratación correspondiente en los supuestos previstos del artículo 63 .6 . El documento de formalización establecerá el plazo de duración del encargo .

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 4 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

c) Los órganos de las entidades del sector público estatal que tengan la condición de poder adjudicador en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 . 3 de esta Ley , necesitarán autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que se derive del encargo , sea igual o superior a doce millones de euros .

La autorización del Consejo de Ministros a que se refiere el párrafo anterior deberá obtenerse antes de la suscripción del encargo por el órgano competente . Una vez obtenida la autorización , corresponderá a los órganos competentes la aprobación del gasto y suscripción del encargo , de conformidad con lo dispuesto en las respectivas normas .

A efectos de obtener la citada autorización , los órganos competentes deberán remitir al menos los siguientes documentos : el texto del encargo ; el informe del servicio jurídico ; así como el certificado de existencia de crédito o , tratándose de poderes adjudicadores con presupuesto estimativo , los documentos equivalentes que acrediten la existencia de financiación .

Requerirán igualmente la previa autorización del Consejo de Ministros las modificaciones de encargos autorizados por el Consejo de Ministros , cuando superen el 20 por cien del importe del encargo .

La autorización que otorgue el Consejo de Ministros será genérica para la suscripción del encargo , sin que en ningún caso implique una validación de los trámites realizados , ni exima de la responsabilidad que corresponda a las partes respecto de la correcta tramitación y realización del encargo .

7 . A los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido de conformidad con el presente artículo , se le aplicarán las siguientes reglas:

a) El contrato quedará sometido a esta Ley , en los términos que sean procedentes , de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y valor estimado de los mismos y , en todo caso , cuando el medio propio no sea un poder adjudicador se le aplicarán las normas contenidas en el Título I del Libro Tercero de la presente Ley .

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 se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal , aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación .

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

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 5 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

circunstancias se acompañará al documento de formalización del encargo y se publicará en la Plataforma de Contratación correspondiente conjuntamente con éste .

Artículo 33. Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados

1. Las entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador podrán ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a cambio de una compensación valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente. El encargo que cumpla estos requisitos no tendrá la consideración de contrato.

2. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una entidad perteneciente al Sector Público que no tenga la consideración de poder adjudicador, aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 32.2.a), primer y segundo párrafos de esta Ley, sobre el ente destinatario del mismo.

b) Que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública.

c) 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.

3. El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una entidad del Sector Público estatal realice un encargo a otra del mismo sector, siempre que la entidad que realiza el encargo y la que lo reciba estén controladas, directa o indirectamente, por la misma entidad de dicho sector y, además, la totalidad del capital social o patrimonio de la entidad destinataria del encargo sea de titularidad pública. En este supuesto, el requisito del apartado 2.c) anterior, cuya acreditación deberá reflejarse en la forma dispuesta en él, se entenderá cumplido por referencia al conjunto de actividades que se hagan en el ejercicio de los cometidos que le hayan sido confiados por la entidad que realiza el encargo, por la entidad que controla directa o indirectamente tanto a la entidad que realiza el encargo como a la que lo recibe, así como por cualquier otra entidad también controlada directa o indirectamente por la anterior. En estos casos, la compensación a percibir por la entidad que reciba el encargo deberá ser aprobada por la entidad pública que controla a la entidad que realiza el encargo y a la que lo recibe, debiendo adecuarse dicha compensación y las demás condiciones del encargo a las generales del mercado de forma que no se distorsione la libre competencia.

La posibilidad que establece el párrafo anterior también podrá ser utilizada por las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas dentro de cada uno sus respectivos sectores públicos.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 6 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

Por su parte la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, también habría incorporado previsiones a tener en cuenta en relación con este tipo de encargos, ello en un artículo que si bien conforme a dicha Ley no tendría carácter básico, sin embargo sí resultarían aplicable a las Comunidades Autónomas por mor de lo dispuesto, a su vez, en la Ley 9/2007, de 8 de Noviembre a que venimos haciendo referencia en su artículo 32.1 recientemente transcrito así como en su disposición final cuarta.

Así cabría destacar aquí lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre:

“Artículo 86. Medio propio y servicio técnico

1. Las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos 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.

2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que , además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social , de acuerdo con su norma o acuerdo de creación , se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz , aplicando criterios de rentabilidad económica.

b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación “Medio Propio” o su abreviatura “M.P.”.

3. En el supuesto de creación de un nuevo medio propio y servicio técnico deberá acompañarse la propuesta de declaración de una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y que , en este supuesto de nueva creación , deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado.”

En el ámbito autonómico cabría aludir al artículo 53bis de la Ley 9/2007 de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía, conforme al cual:

Artículo 53 bis. Encargos de los poderes adjudicadores y no adjudicadores a medios propios personificados

1. Las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía, así como los consorcios adscritos a la misma, podrán ser considerados medios propios de los poderes adjudicadores y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador cuando cumplan las condiciones y requisitos de carácter básico establecidos, respectivamente, en los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 7 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

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.

2. Tendrán la consideración de medio propio, para las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar dichas prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con sus estatutos o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de las prestaciones propias de los contratos citados en este apartado, suministradas por el medio propio.

Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.

En la denominación de las entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus consorcios que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación «Medio Propio» o su abreviatura «M.P.».

3. A la propuesta de declaración de medio propio deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Junta de Andalucía con carácter previo a la declaración de medio propio.

4. Las Consejerías, sus agencias y el resto de entidades que deban ser consideradas poderes adjudicadores, así como el resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador, en el ámbito de sus competencias o de su objeto, podrán ordenar al resto de entidades instrumentales del sector público andaluz que, conforme a los requisitos y condiciones establecidas en los apartados anteriores de este artículo tengan la calificación jurídica de medio propio personificado, la realización de los trabajos y actuaciones que precisen, en el marco de sus estatutos y en las materias que constituyan sus competencias o su objeto social o fundacional.

5. El encargo al medio propio personificado, en el que la entidad del sector público actuará por cuenta y bajo la supervisión y control de la Consejería o agencia u otra entidad ordenante, se registrará en su otorgamiento y ejecución por lo dispuesto en la resolución que la establezca, sometiéndose en todo caso a las siguientes condiciones y trámites:

a) Se formalizará mediante resolución dictada por la persona competente de la entidad ordenante, que deberá incluir, además de los antecedentes que procedan, la determinación de las actuaciones a realizar, la forma y condiciones de realización de los trabajos, su plazo de ejecución, su importe, la partida presupuestaria a la que, en su caso, se imputa el gasto, así como sus anualidades y los importes de cada una de ellas, la persona designada para dirigir la actuación a realizar y, finalmente, los compromisos y obligaciones que deberá asumir la entidad que reciba el encargo, justificándose, en todo caso, la necesidad o conveniencia de realización de los trabajos a través de esta figura,

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 8 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

mediante la acreditación de alguna de las circunstancias indicadas en los párrafos a) y b) del apartado 2 de este artículo.

b) La determinación del importe del encargo se efectuará, por referencia a las tarifas aprobadas por la entidad de la que depende el medio propio, en los términos establecidos por la normativa básica en materia de contratación del sector público.

c) La resolución del encargo de cada actuación se comunicará formalmente a la entidad que reciba el encargo, a la que también le será facilitado el proyecto o presupuesto del servicio concreto u obra calculado conforme a lo indicado en el párrafo b) de este apartado, con desagregación de las partidas que podrán ser subcontratadas, así como en su caso el programa de los trabajos o actuaciones a realizar. La comunicación de la resolución por la que se efectúa el encargo de una actuación al medio propio supondrá la orden para iniciarlo.

d) Los encargos de ejecución que se formalicen deberán ser publicados en los términos y condiciones establecidos en la normativa de transparencia pública de Andalucía.

6. Los medios propios personificados que reciban los encargos realizarán sus actuaciones conforme al documento de definición que la entidad ordenante les facilite y siguiendo las indicaciones de la persona designada para dirigir cada actuación, la cual podrá supervisar en cualquier momento la correcta realización del objeto del encargo y, especialmente, verificar la correcta ejecución de los contratos que para el cumplimiento de dicha finalidad se concierten.

7. El pago del importe de los trabajos realizados se efectuará con la periodicidad establecida en la resolución por la que se ordene el encargo y conforme a la actuación efectivamente realizada, una vez expedida certificación de conformidad por la persona designada para dirigir la actuación y/o el documento que acredite la realización total o parcial de la actuación de que se trate. También se deberá aportar certificación en la que conste la aplicación de las tarifas aprobadas a los trabajos ejecutados, así como el coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades que se subcontraten con empresarios particulares o entidades del sector público en los casos en que estos costes sean inferiores al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas, mediante la relación detallada y certificada de las facturas que deba abonar el medio propio. En el caso de actuaciones financiadas con fondos procedentes de la Unión Europea, deberá asegurarse la posibilidad de subvencionar estos gastos de acuerdo con lo establecido en la normativa comunitaria.

No obstante, en las condiciones y con los requisitos que se determinen por el órgano o entidad competente para efectuar el encargo, este podrá autorizar pagos en concepto de anticipo, cuya cuantía no podrá superar los límites establecidos en el artículo 26.3 del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, debiendo quedar justificado el anticipo antes de los tres meses siguientes a la finalización del plazo de ejecución del encargo y, en todo caso, con anterioridad al último pago que proceda.

8. Los negocios jurídicos que deban celebrarse por los medios propios que reciban los encargos, para la ejecución de los mismos, quedarán sometidos a las reglas previstas en el apartado 7 del [artículo 32](#) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 9 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

9. Las actuaciones que se realicen en virtud de los encargos serán de la titularidad de la Junta de Andalucía, adscribiéndose, en aquellos casos en que sea necesario, a la Consejería, agencia o entidad ordenante de su realización.

10. Cuando sea necesario introducir alguna modificación en el encargo, deberá acordarse mediante resolución, sobre la base de la propuesta técnica de la persona designada para dirigir la actuación, integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren dicha modificación.

11. Cuando por retraso en el comienzo de la ejecución del encargo sobre lo previsto al iniciarse el expediente, por modificaciones en el mismo o por cualesquiera otras razones de interés público debidamente justificadas, se produjese desajuste entre las anualidades establecidas en la resolución en que se formalizó el encargo y las necesidades reales en el orden económico que el normal desarrollo de los trabajos y actuaciones exija, el órgano competente que efectuó el encargo procederá a reajustar las anualidades, siempre que lo permitan los créditos presupuestarios.

En los encargos a medios propios personificados que cuenten con programa de trabajo, cualquier reajuste de anualidades exigirá su revisión, para adaptarlo a los nuevos importes anuales, debiendo ser aprobado por el órgano ordenante el nuevo programa de trabajo resultante.

12. Los encargos a sociedades mercantiles y fundaciones del sector público andaluz no podrán implicar, en ningún caso, la atribución de potestades, funciones o facultades sujetas al Derecho Administrativo.

13. Las memorias integrantes de las cuentas anuales de los medios propios personificados destinatarios de los encargos deberán incluir información del coste de realización material de la totalidad de los encargos realizados en el ejercicio, así como del cumplimiento de los requisitos establecidos, en cada caso, en los apartados 2.b) y 4.b) del artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en los términos que determine la Intervención General de la Junta de Andalucía.

14. Cuando los poderes adjudicadores deban actuar de manera inmediata con motivo de la declaración de cualquiera de los estados contemplados en el artículo 116 de la Constitución, o debido a catástrofes, situaciones que supongan grave peligro o calamidades de cualquier naturaleza, y concurran los requisitos para la adopción de un encargo a medio propio personificado para que realice las actividades necesarias, éstas serán ejecutadas por la correspondiente entidad instrumental o consorcio adscrito, con carácter, además de obligatorio, prioritario, de acuerdo con el siguiente régimen excepcional:

a) En estas actuaciones se podrán disponer o movilizar directamente los medios de las entidades encargadas que se requieran, ordenándoles las actuaciones necesarias para conseguir la más eficaz protección de las personas, los bienes y el mantenimiento de los servicios, sin sujeción al régimen administrativo ordinario de actuación previsto en el apartado 6 de este artículo, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo de emergencia, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía.

b) De estos encargos de emergencia adoptados por el órgano competente se dará cuenta al Consejo de Gobierno por la persona titular de la Consejería correspondiente en el plazo máximo de dos meses desde que se dictó el acuerdo, acreditándose en este trámite la existencia de crédito

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 10 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

adecuado y suficiente. A la comunicación correspondiente se acompañará la oportuna retención de crédito o documentación que justifique la iniciación del expediente de la necesaria modificación presupuestaria.

c) El libramiento de los fondos se realizará directamente al ente destinatario del encargo mediante pagos en firme por el importe de cada una de las certificaciones que se expidan, previa conformidad del servicio correspondiente.

Excepcionalmente, y previa acreditación de la necesidad de efectuar pagos con carácter inmediato, la Consejería competente en materia de Hacienda podrá autorizar expresamente el libramiento de fondos con el carácter de pagos en firme de justificación diferida, que podrán alcanzar hasta el 100% del importe total que comprenda la actividad necesaria para remediar la situación de emergencia.

En este caso, los fondos serán librados previa presentación del programa de trabajo de realización de las actuaciones objeto del encargo, quedando obligados los perceptores a justificar la aplicación de las cantidades recibidas a la finalización del plazo de ejecución.

CUARTA. Como consideración de carácter general resultaría de interés en relación con el análisis pormenorizado del texto del proyecto de decreto que se efectúa más adelante, exponer a continuación algunos antecedentes de relevancia con respecto a las previsiones que finalmente resultaron incorporadas a la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público sobre régimen económico o compensación de los encargos y que vienen a desarrollarse en virtud del proyecto de Decreto que nos ocupa (artículo 32.2.a) de la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público).

En tal sentido, cabría tener en cuenta las advertencias efectuadas en su día en esta materia tanto por el Tribunal de Cuentas como por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Así ya el informe HHPPI00006/2018 Facultativo sobre diversas cuestiones sobre regulación de los encargos a medios propios en la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, emitido por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Hacienda Administración Pública, a instancia del Sr. Interventor General de la Junta de Andalucía con fecha 26 de febrero de 2018, recogía tales Antecedentes transcribiendo en parte algunos de ellos:

“En este sentido, de un lado se impone el criterio de aplicación de tarifas aprobadas, si bien con las correcciones que al respecto se señalaron en los informe 1033 y 1088 del Tribunal de Cuentas de fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados ministerios, organismos y otras entidades públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa, a fin de eliminar los márgenes de rentabilidad de las tarifas aplicables a los medios propios para evitar una gestión ineficiente y una restricción a la competencia con la realización de los encargos, debiendo aprobarse las tarifas realizándose un análisis previo de los precios, comparándolos con los del mercado, no pudiendo ser en ningún caso las tarifas superiores. En concreto señala el último de los informes citados.

«En otro orden de cosas, la aplicación del régimen de tarifas a las actividades ejecutadas mediante subcontratación con terceros requiere un análisis singular. El sistema de tarifas se apoya sobre la base de que su determinación responde a los costes reales de las prestaciones que se realizan, garantizando de esta forma el equilibrio financiero que debe regir este tipo de negocios jurídicos. Este sistema responde a la premisa de que las prestaciones objeto del encargo son

11

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 11 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

ejecutadas con recursos propios del ente instrumental y, por tanto, los costes reales se hacen depender de la estructura de costes directos e indirectos propia de cada ente instrumental, circunstancia que no se da cuando las actividades son subcontratadas. En este sentido, el recurso a la subcontratación supone, en cierta medida, desvirtuar este mecanismo de fijación del precio, ya que el coste directo estaría inequívocamente identificado en estos casos con el precio pagado a los subcontratistas, sin perjuicio de que a este precio pudieran añadirse los gastos asociados a la tramitación, formalización y ejecución de estos contratos, de tal forma que el proceso de subcontratación no supusiera la ruptura del equilibrio financiero que, al igual que en los contratos, también debe respetarse en las encomiendas de gestión. Se trata, por tanto, de que la aplicación de este mecanismo en los casos en los que estuviera formalmente autorizado no suponga un quebranto para el encomendante, pero tampoco un enriquecimiento injustificado para la entidad encomendataria. Hay que reseñar a este respecto que las tarifas aplicadas a las encomiendas analizadas, salvo alguna concreta excepción, no prevén esta circunstancia. Para evitar cualquiera de estos efectos no deseados es necesario, además del mencionado control de la subcontratación, la perfecta identificación y definición por parte de los encomendantes de las actividades a realizar y su valoración individualizada, así como la aprobación de una tarifa relacionada con los gastos de gestión de las prestaciones subcontratadas.

(...)

III.1. CONCLUSIONES

12ª) Las encomiendas, como instrumentos generadores de gasto, requieren que el precio a satisfacer por los servicios prestados sea cierto. Sin embargo no existe una regulación general que discipline el régimen económico de las encomiendas y los criterios para la determinación de las tarifas a aplicar. Es en la normativa reguladora de cada uno de los distintos entes instrumentales donde se establece el régimen retributivo de los encargos que en cada caso les sean encomendados y donde se explicita, con diferentes enunciados, por un lado, la obligación de proceder a la valoración de la retribución aplicando las tarifas formalmente aprobadas y, por otro, la necesidad de que estas respondan a los costes reales de las prestaciones realizadas.

13ª) El cálculo del presupuesto de una encomienda debe responder por tanto a la aplicación de unos precios unitarios, en este caso las tarifas, referidos a los distintos componentes de la prestación, a las diferentes unidades que se entreguen o a las unidades de tiempo que se estimen necesarias para realizar los trabajos encargados. Sin embargo la indeterminación del objeto y de las actividades a ejecutar, circunstancia bastante habitual, ha supuesto una seria limitación a la hora de fijar adecuadamente la retribución de la encomienda, en la medida en la que la falta de concreción del objeto impide o dificulta seriamente la correcta definición de los componentes de la prestación. Esta situación se produce especialmente en aquellos casos en los que la prestación consiste en la puesta a disposición de una unidad administrativa o de un órgano encomendante de recursos humanos para la realización de su actividad ordinaria, definiéndose componentes homogéneos de la prestación de forma forzada (número de expedientes tramitados, informes o proyectos tipo realizados valorados unitariamente) que no responden en sentido estricto a la tipología de los servicios realmente prestados (horas de trabajo por categorías profesionales).

14ª) Tampoco los documentos de formalización de las encomiendas ni los pliegos técnicos han contemplado medidas específicas para minimizar el riesgo de una posible falta de adecuación

12

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 12 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

de los precios así tarifados a su coste real, ni en general de otros precios fijados a tanto alzado cuando no existía tarifa previamente fijada para la prestación encargada, limitándose a señalar de forma meramente declarativa que se ajustan a los de mercado, o que se corresponden con los fijados para prestaciones similares en otras encomiendas, sin que se acredite en los expedientes ninguna de estas circunstancias. En los casos en los que se ha empleado este sistema para la fijación del precio, estos deberían haber tenido la consideración de gastos "a justificar", de tal forma que la incertidumbre existente a la hora de calcular el presupuesto quedara minimizada por la acreditación posterior justificativa del coste real de la prestación realizada, lo que no ha sucedido en la mayoría de los casos.

15ª) La subcontratación por parte de los entes instrumentales de determinadas actividades encargadas y la falta de control por parte de los encomendantes con la que se ha llevado a cabo esta práctica, ha provocado **desviaciones significativas entre el precio abonado por la entidad encomendante y el coste real de las prestaciones en lo atinente a la parte subcontratada. En el proceso de subcontratación realizado por los medios propios se han producido bajas sustanciales con respecto a los presupuestos de licitación, como consecuencia de la competencia generada por su apertura al mercado, convirtiéndose este ahorro en un beneficio adicional para el medio propio, ya que la facturación a la entidad encomendante se ha efectuado habitualmente a los precios fijados en la encomienda sin contemplar dichas bajas obtenidas. Este beneficio hubiera repercutido en los órganos encomendantes si hubieran acudido directamente a la licitación pública (y así hubieran obtenido esas mismas bajas), o si hubieran previsto expresamente esta circunstancia en el documento de formalización de la encomienda.**

16ª) No se han llevado a cabo por parte de los órganos encomendantes fiscalizados estudios acerca de si los precios obtenidos mediante la aplicación de las tarifas resultan efectivamente inferiores al valor de mercado, con el fin de verificar que el recurso a la encomienda constituya una solución económicamente ventajosa con respecto a la licitación pública.

(...)

III.2. RECOMENDACIONES

1ª) **Debería procederse a regular la figura de las encomiendas o encargos a medios propios, actualmente contemplada en los arts. 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP, mediante una norma sustantiva con rango de ley que defina pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes del recurso a esta figura, su régimen económico con fijación de criterios homogéneos para el establecimiento de las tarifas, así como los procedimientos aplicables para su tramitación y para su adecuado seguimiento y control.**

(...)

7ª) **Los trabajos objeto de los encargos deben concretarse con detalle. Con ello, además de asegurar su estricta adecuación a los fines que motivan el encargo, se hace posible que la retribución de la encomienda pueda ser fijada con precisión mediante la aplicación de las correspondientes tarifas. Los órganos y entidades encomendantes deben asegurarse que el precio obtenido mediante la aplicación de las tarifas se ajuste a los costes reales de la prestación y**

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 13 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

no sea superior al valor de mercado, pues de lo contrario deberían recurrir a la licitación pública, salvo que existieran otras razones de interés público debidamente justificadas y acreditadas.

(...)

12ª) La subcontratación solo debería ser admitida si se contempla expresamente dicha posibilidad en el documento de formalización de la encomienda o en sus pliegos reguladores, con exigencia de autorización expresa del encomendante previa notificación, y limitada a prestaciones accesorias al objeto principal del encargo. **La retribución de las prestaciones que sean objeto de subcontratación deberían ser fijadas con arreglo al coste real del contrato llevado a cabo por el ente instrumental, sin perjuicio de la inclusión de los gastos de tramitación y gestión de la subcontratación, que deberían estar específicamente tarifados.** Los órganos encomendantes deben además verificar que la subcontratación se ha llevado a cabo de conformidad con lo prescrito por el inciso final del artículo 4.1.n) del TRLCSP. ».

Igualmente, la actual regulación es consecuencia de las recomendaciones que tanto la anterior Comisión Nacional de la Competencia como la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizaron en distintos informes sobre las posibles limitaciones a la competencia que representan en la práctica los encargos a medios propios, como son el “Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre medios propios y encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, de 2013; y el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre “Mejora en la competitividad de la contratación pública: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia” (PRO/CNMC/001/15), de 5 de febrero de 2015; que se volvieron a reiterar en el “Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre el anteproyecto de Ley de contratos del sector público” (IPN/CNMC/010/15), de 16 de julio de 2015. Concretamente, en este último informe se señala:

«Pero sin duda donde se producen más novedades es en lo relativo a los encargos a medios propios personificados (arts. 32 y 33 de APL), donde planteamos las siguientes consideraciones:

- **Calificación:** llama la atención el que, a diferencia del art. 12 de la Directiva 2014/24/UE, en el APL no se les denomina contratos sino encargos. Esta conceptualización, en línea con nuestra tradición normativa, puede tener repercusiones prácticas (estadísticas por ejemplo) que convendría aclarar.
- **Compensación tarifaria:** a pesar de lo indicado en el informe de medios propios y encomiendas de gestión⁵⁹, **no se indica nada en cuanto a su forma de determinación (por referencia a costes o a precios de mercado, ni limitaciones en cuanto a su prueba de eficiencia) y su cuantificación concreta (mediante**

14

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 14 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

critérios económicos objetivos), así como no se introducen mecanismos que permitan eliminar la posibilidad de sobrecompensación (posibles ayudas de Estado). En el Informe citado se formularon recomendaciones concretas para evitar estos efectos⁶⁰ a las que nos remitimos por no haber sido atendidas. Se recuerda, adicionalmente, la obligación de transparencia en las operaciones financieras exigida por la Directiva 2006/111/CE61 y de contabilidad separada a efectos de ofrecer una información verificable y objetiva.

⁵⁹ En el ya citado informe de medios propios de la extinta CNC se indicaban algunas de las implicaciones negativas: (i) **Riesgo de ineficiencias en la fijación de tarifas: cálculo ex ante, incentivos de administración y medio propio, continuidad y cercanía en la relación** (pág. 43). (ii) **Riesgo de determinación de retribuciones ineficientes en las encomiendas** (pág. 44). (iii) **Riesgo de ineficiencias en la evolución de la retribución de las encomiendas** (pág. 46). (iv) **Potencial indeterminación del precio de la prestación** (pág. 48). (v) **Riesgo de sobrecompensación en determinadas encomiendas** (pág. 49).

⁶⁰ Como las siguientes: (i) Indicar normativamente que la contraprestación por la encomienda **debe orientarse estrictamente a sufragar los costes originados como consecuencia de la prestación.** (ii) Indicar normativamente que **el medio propio no debe obtener ningún beneficio que no sea el reembolso de los costes reales de los contratos públicos celebrados con los poderes adjudicadores.**

(...)

QUINTA.- En cuanto a la estructura, que razonamos correcta, el borrador de Decreto consta de 8 artículos, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y una disposición final.

SEXTA.- Entendemos que se habría cumplimentado hasta ahora la tramitación procedimental prevista con carácter general, para la elaboración de los Decretos, en el artículo 45 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Ello sin perjuicio de lo indicado a continuación

6.1.- Conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, “Con carácter previo a la elaboración del proyecto o anteproyecto de ley o de reglamento, se sustanciará una consulta pública, a través del portal web de la Administración competente en la que se recabará la opinión de los sujetos y de las organizaciones más representativas potencialmente afectados por la futura norma”.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía se habría regulado dicho trámite en la ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía, conforme a la cual (artículo 28):

“2. A tales efectos, con carácter previo al inicio del procedimiento de elaboración de una ley o un reglamento, se sustanciará una **consulta pública** a través del Portal de la Junta de

15

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 15 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

Andalucía. La participación de la ciudadanía podrá producirse por cualquier medio admisible en Derecho.

La **consulta pública** deberá realizarse de tal forma que todos los potenciales destinatarios de la norma y quienes realicen aportaciones sobre ella tengan la posibilidad de emitir su opinión, para lo cual deberá proporcionarse un tiempo suficiente en atención a las circunstancias, de modo que, el mismo sea no inferior a quince días naturales.

Podrá prescindirse del trámite de **consulta pública** previsto en este apartado en el caso de la elaboración de normas presupuestarias u organizativas de la Administración de la Junta de Andalucía o de las organizaciones dependientes o vinculadas a esta, cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen, o cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios, regule aspectos parciales de una materia o en casos de tramitación urgente del procedimiento normativo. La concurrencia de alguna o varias de estas razones se justificarán debidamente en el expediente.”

En relación con un precepto de similar redacción al recientemente transcrito (artículo 26.2 de la Ley 50/2997, de 27 de Noviembre, de Gobierno) habría declarado el Tribunal Supremo (STS 150/2024, de 31 de enero) lo siguiente:

“Es cierto que al incorporar las excepciones al trámite de consulta en el artículo en dos párrafos independientes en la LPACAP, las circunstancias incluidas en uno u otro párrafo no pueden ser concurrentes, lo que llevaría a la conclusión de que, con carácter de norma básica -- que era la naturaleza conferida por el Legislador con la aprobación de la Ley, luego corregida por el Tribunal Constitucional--, las circunstancias de que la norma proyectada “no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia”, no son acumulables a las normas reglamentarias presupuestarias u organizativas. Ahora bien, ese régimen no tiene la ya mencionada naturaleza de normativa básica que requería su incorporación a los procedimientos aprobados por cada Administración y es en ese proceso en el que debe integrarse los términos en que se redacta el artículo 26 de la LG, que prescinde de dicha distinción ya en su propia reacción al incorporar todas las circunstancias para la exención del trámite en un solo párrafo y contextual, en vez en los dos del artículo 133. Solo así puede justificarse que, pese a la contemporaneidad de ambos preceptos, en esa concreción de la originaria normativa básica, el Legislador prescinda, para la Administración General del Estado de la conjunción disyuntiva que tiene la redacción del artículo 133 en su párrafo primero (“... o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen...”), quedando contextual las circunstancias en el artículo 26.2 (“... cuando concurren razones graves de interés público...”).

Lo expuesto comporta que, como se declaró en la sentencia 1182/2022 antes reseñada, para el supuesto de normas reglamentarias de la Administración General del Estado, las excepciones para poder prescindir del trámite de consulta pública, han de concurrir las circunstancias acumuladas de que se trate de normas presupuestarias u organizativas y, además

16

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 16 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

de esas específicas normas reglamentarias, que concurren razones graves de interés público que lo justifiquen, no impongan obligaciones relevantes a los destinatarios o regulen aspectos esenciales de una materia.

A la vista de lo concluido es evidente que el recurso debe prosperar. En efecto, si nos atenemos a la misma fundamentación de las partes en la defensa de sus peticiones, así como a lo que consta en el expediente, es manifiesto que en el caso de autos se omitió el trámite de consulta pública y así se justifica, como se recuerda en la demanda y contestación, en la MAIN en cuyo apartado quinto (" descripción de la tramitación ") se declara de manera expresa que " El artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno , y el artículo 133.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre , del Procedimiento Administrativo Común exceptúan de la necesidad de consulta pública previa a aquellas disposiciones legales y reglamentarias que regulen aspectos parciales de una materia. El objeto de este real decreto es, por razones de legalidad, adecuarlo a la legislación en materia de Costas, de Cambio Climático y a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas y corregir las incorrecciones e incoherencias jurídicas detectadas. Por ello, dado que el proyecto contempla modificaciones puntuales del Reglamento General de Costas, en la medida en que no se trata de una regulación "ex novo" de una determinada materia. Se considera que es conforme a Derecho el prescindir del trámite de consulta pública previa, todo ello sin perjuicio de los preceptivos trámites de consulta, audiencia e información pública del proyecto. "

El razonamiento transcrito es claramente contrario a la interpretación que se sostiene del mencionado artículo 26.2º de la LG, dado que el RD aprobado, en modo alguno, tiene naturaleza organizativa o presupuestaria y, además y a los solos efectos del debate suscitado, en modo alguno cabría infravalorar, como se razona en la MAIN, los efectos de la reforma, como ese mismo documento acredita al referirse a los " objetivos del proyecto " (apartado 1.2), y resulta de la misma reforma que se introduce en el RLC.

Por lo expuesto y acogiendo este primer motivo de impugnación, debe estimarse la demanda y declarar la nulidad de pleno derecho del RD impugnado."

Conforme a la documentación remitida al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía para la emisión del presente informe, en el curso del expediente concerniente al proyecto de decreto que nos ocupa no se habría llevado a efecto el referido trámite de consulta pública. En la Memoria Justificativa sobre la necesidad y oportunidad de aprobación del proyecto de Decreto, de fecha 15 de Septiembre de 2022 que obra en el expediente, en su último párrafo, se aludiría a que se habría prescindido de dicho trámite "al concurrir en el presente proyecto de norma los supuestos que habilitan tal excepción, esto es, se trata de una norma organizativa y no tiene impacto significativo en la actividad económica ni impone obligaciones relevantes a sus destinatarios". En dicha Memoria se alude someramente a algunas de las circunstancias contempladas en el artículo 28.3 último párrafo de la Ley 7/2017, de 27 de Septiembre, siendo así que el Tribunal Supremo vendría a indicar en el pronunciamiento recientemente transcrito la necesidad de concurrencia acumulada de todas ellas. Por ello habríamos de advertir de la necesidad de que la omisión del trámite resultara justificada de forma más completa y detallada en los términos del artículo 28.3 último

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 17 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

párrafo de la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de acuerdo con la interpretación de un precepto de similar redacción que viene efectuando el Tribunal Supremo.

En cuanto a la circunstancia de revestir el proyecto de decreto el carácter de norma organizativa nos remitimos a lo expuesto en el apartado 6.3 de la presente consideración jurídica.

6.2.- Por lo que se refiere al Informe de evaluación del enfoque o repercusión de los derechos de la infancia y la adolescencia del proyecto de decreto, si bien consta expediente remitido *“Informe de evaluación de enfoque de los derechos de la infancia”*, el mismo no contiene una mención expresa a la adolescencia, pareciéndonos que hubiera de tratarse de un único informe o memoria en el que se contemplase la posible repercusión del proyecto de decreto en ambos aspectos, infancia y adolescencia.

A este respecto, el artículo 139.1 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban Medidas Fiscales y Administrativas, tras la modificación operada por la Disposición Final Primera de la Ley 4/2021, de 27 de julio, de la Infancia y Adolescencia, establece que:

“Todos los proyectos de ley, disposiciones de carácter general que apruebe el Consejo de Gobierno y las demás disposiciones generales dictadas en desarrollo de las anteriores deberán tener en cuenta, de forma efectiva, el objetivo de la igualdad por razón de género y del respeto a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, según la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y su concreción en el resto de la normativa internacional, así como en la estatal y la autonómica que son aplicables en materia de menores. A tal fin, en la tramitación de las citadas disposiciones, deberá emitirse un informe de evaluación del impacto por razón de género y de evaluación de enfoque de los derechos de la infancia y la adolescencia sobre el contenido de las mismas”.

6.3.- En relación, con el trámite de audiencia contemplado en el artículo 45.1.c) de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de la Junta de Andalucía, habríamos de advertir que se habría detectado cierta contradicción en el expediente concerniente a la elaboración del proyecto de decreto que nos ocupa en cuanto que en el mismo figuraría un informe de fecha 29 de noviembre de 2022 en que vendría a justificarse la no realización del mismo al tratarse *“de una norma de carácter organizativo, que no tiene incidencia o trascendencia sobre los intereses de los ciudadanos y las organizaciones que los representan”* y sin embargo también constaría una Resolución posterior de fecha 26 de mayo de 2023 en la que se habría acordado la apertura de dicho trámite, aunque el mismo no se concede a la ciudadanía sino a la propia Junta y sus entidades instrumentales al indicarse lo siguiente: *“Considerando que la regulación del régimen económico de los encargos que se realicen a SANDETEL S.A. como medio propio, puede afectar a los derechos e intereses legítimos de la ciudadanía, se considera justificado conceder el trámite de audiencia a la Administración de la Junta de Andalucía y a sus entidades dependientes, con el objeto de que puedan exponer su parecer razonado y realizar las alegaciones que estimen convenientes”*. Se recomienda la subsanación o aclaración de tal contradicción teniendo en cuenta que la omisión del trámite de información pública también aparecería justificado en el expediente en la Memoria primeramente citada, por tratarse de una norma organizativa debiendo procurarse la adecuada coherencia interna del expediente en tal sentido. Asimismo en relación con ambos trámites habríamos de advertir de la necesidad de motivar o justificar adecuadamente en el expediente la omisión de los mismos teniendo en cuenta que, de acuerdo con la doctrina mantenida sobre esta excepción por el Tribunal Supremo (STS de 24 de Noviembre de 2009, RJ 2010/1823 y STS 1719/2019, de 12 de

18

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 18 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

diciembre, RJ 2019/5189), tal motivación habría de asentarse fundamentalmente en la no afectación de derechos o intereses legítimos de terceros siendo necesaria la realización de tales trámites de concurrir tal afectación. Finalmente en tal sentido cabría advertir por nuestra parte cómo la jurisprudencia, en el supuesto de impugnación de disposiciones generales, vendría apreciando la nulidad de las mismas en caso de concurrir este defecto durante su proceso de elaboración.

6.4.- El proyecto de Decreto vendría a establecer el régimen jurídico y fundamentalmente económico de los encargos efectuados por la Junta de Andalucía a SANDETEL. SA Medio propio, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, por ello se considera que el mismo habría de ser informado por la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa (artículo 2.1ª del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regula la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública).

6.5.- En cuanto a si procede el Dictamen del Consejo Consultivo en el presente caso, en cuanto al eventual engarce del proyecto que nos ocupa con algún precepto legal, cabría aludir a los artículos 32 de la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, Ley de Contratos del Sector Público y 53bis de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía. A tenor de ello en la medida en que pudiera defenderse que el proyecto estaría ejecutando las referidas previsiones legales, consideramos que procedería en el presente supuesto el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo, conforme a lo prescrito por el artículo 17.3 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, de Consejo Consultivo de Andalucía, conforme al cual:

“El Consejo Consultivo de Andalucía será consultado preceptivamente en los asuntos siguientes:

(...)

3 . Proyectos de reglamentos que se dicten en ejecución de las leyes y sus modificaciones .”

SÉPTIMA.- En relación con las publicaciones prescritas por la normativa sobre transparencia pública, no se habría incorporado al expediente ningún documento diligencia o certificación alusiva a su cumplimiento, lo que habría de subsanarse.

Así la normativa sobre transparencia pública impondría la publicación de los proyectos de reglamentos en el momento en el que , en su caso-remitiéndonos sobre este punto a lo expuesto en la consideración jurídica precedente del presente informe- sean sometidos al trámite de audiencia y al de información pública, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1.c) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía. Asimismo , se publicarán cuando se solicite , en su caso , el dictamen del Consejo Económico y Social de Andalucía y el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía

Por último, también debería constar en el expediente que se habrían publicado las memorias e informes que conformen el expediente de elaboración de este texto normativo con ocasión de la publicidad del mismo, como así lo prescribirían el artículo 7.d) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, y el artículo 13.1.d) de la Ley 1/2014, de 24 de junio.

OCTAVA. Comenzando con el análisis del texto del Borrador de Decreto, haremos constar las siguientes observaciones.

8.1.- Exposición de Motivos:

19

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 19 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

En el Quinto párrafo *“in fine”*, de acuerdo con lo razonado en el inicio de dicho párrafo parece más adecuado citar otras previsiones o artículos del Decreto 152/2022, de 9 de agosto, de Estructura orgánica de la Consejería de Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa, más allá de su artículo 9.2.d), cuales podrían ser el artículo 1.x) que atribuye a la mencionada Consejería las competencias en materia de *“x) El desarrollo de la infraestructura de telecomunicaciones en Andalucía.”* y el artículo 2.4.d) sobre adscripción de la Agencia Digital de Andalucía a dicha Consejería. En este último sentido cabría citar asimismo la Disposición Adicional Primera del Decreto 128/2021, de 30 de marzo por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia Digital de Andalucía sobre adscripción a la misma de SANDETEL, S.A. Medio propio.

8.2.- **Artículo 1:** En el artículo 1 se recomienda la siguiente mejora de redacción: *“El objeto de este decreto es desarrollar el régimen jurídico y económico de los encargos a ejecutar por la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. Medio Propio, (en adelante SANDETEL M.P.) que se reciban por parte de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades del sector público vinculadas o dependientes de ella, para la realización de los trabajos y actuaciones que se precisen, en el marco de sus Estatutos y en las materias que constituyan su objeto social”*. Ello de acuerdo con los términos del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de octubre, de 2018, por el que se presta conformidad para la que la Sociedad Andaluza para el Desarrollo de las Telecomunicaciones, S.A. actúe como medio propio personificado de la Administración de la Junta de Andalucía y de las Entidades del Sector Público vinculadas o dependientes de ella (Acuerda Primero).

En el segundo apartado del artículo 1.2 del proyecto de Decreto resultaría adecuado aludir, en concreto, a los artículos 32 y 33 de la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, ello en coherencia con el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de octubre de 2018 recientemente mencionado así como con la cita de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía que se efectúa a continuación en este mismo artículo 1.2 del proyecto de Decreto con alusión concreta a su artículo 53bis.

8.3.- **Artículo 2:** La actual expresión: *“(....) o ente instrumental de la Junta de Andalucía que comparta la condición de poder adjudicador de la Administración de la Junta de Andalucía”* habría de sustituirse por la siguiente :*“(....) o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por la Administración de la Junta de Andalucía(....)”*. Ello en los términos del artículo 32.2 a), en su segundo párrafo, de la LCSP.

8.4.- Artículo 3:

8.4.1.- En el apartado 1 se establece , como regla general, de aplicación a los dos supuestos contemplados en el artículo 3.2 en sus respectivos apartados a) y b) que el presupuesto de ejecución de las actuaciones encargadas a SANDETEL M.P. será *“el resultado de multiplicar el total de unidades estimadas a ejecutar para cada uno de los servicios contemplados en el mismo, por el precio unitario de cada unidad”*, sin embargo parece que tal regla únicamente resultaría aplicable en el supuesto contemplado a continuación en el artículo 3.2.a) del proyecto de Decreto, es decir, en el supuesto de unidades ejecutadas por SANDETEL M.P.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 20 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

8.4.2.-En relación con el inciso que figura en el artículo 3.2 a) *“o contratadas con terceros que no tengan la consideración de prestación parcial conforme al artículo 32.7 de la LCSP”* no parece adecuada su inclusión en cuanto que el artículo 32.2.a) de la LCSP únicamente distingue a efectos de la forma de determinación de la compensación de los encargos entre *“actividades objeto del encargo realizadas por el medio propio directamente”* y *“actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresario particulares”*, siendo así que las que no se consideran prestación parcial no serían realizadas directamente por el medio propio sino por otros empresarios. Otro tanto indicaremos respecto al siguiente inciso del artículo 3.2.b) del proyecto de decreto *“y que tengan la consideración de prestación parcial contratada con terceros, en los términos del artículo 8 de este decreto”*.

En cual caso, como mejora de redacción se propone que, de mantenerse tales incisos, se unifique la descripción del supuesto utilizando los mismos términos o referencias normativas en uno y otro apartado.

Lo dispuesto en este artículo 3.2.a) parece reiteración de lo establecido, a su vez, en el artículo 3.1 del proyecto de decreto.

Finalmente advertiremos que el inciso inicial del mencionado apartado 3.1.a) habría de indicar en su inciso inicial *“en el caso de unidades ejecutadas directamente por SANDETELM.P”*, adicionando a la actual redacción el término *“directamente”*. Ello en los términos del artículo 32.2.a) tercer párrafo de la LCSP.

8.4.3.- En el artículo 3.2.b) del proyecto de decreto, para el caso de unidades ejecutadas por empresarios particulares se establece que *“se aplicará el coste incurrido incrementado en el IVA y otros impuestos no deducibles, así como el porcentaje de imputación de gastos generales que se haya establecido”*.

En relación con tal previsión habríamos de advertir que la misma parece limitarse a reproducir lo dispuesto en el artículo 32.2.a) de la LCSP en su tercer párrafo, pero sustituyendo el adjetivo *“efectivo”* por el de *“incurrido”* sin que se atisbe si existe algún matiz diferenciador que, en su caso, cabría aclarar en el texto del proyecto de decreto que se informa, cuyo objeto vendría constituido precisamente por el desarrollo reglamentaria del precepto anteriormente citado de la legislación básica.

En tal sentido, cabría advertir, de una parte, que por exigencias de la técnica *lex repetita* la reproducción de la normativa básica cabría hacerse en sus términos literales así como, de otra parte, de la necesidad de que el proyecto de decreto viniera a desarrollar dicha previsión detallando el modo de concretar ese *“coste efectivo”* en el supuesto de prestaciones subcontratadas con empresarios particulares.

A estos efectos cabría recordar que el Tribunal de Cuentas en el informe cuyas consideraciones aparecerían transcritas en la Consideración Jurídica Cuarta del presente informe indicaría que en estos casos, es decir, cuando las actividades son subcontratadas *“el coste directo estaría inequívocamente identificado en estos casos con el precio pagado a los subcontratistas, sin perjuicio de que a este precio pudieran añadirse los gastos asociados a la tramitación, formalización y ejecución de los contratos”*. Señalándose por el Tribunal de Cuentas la necesidad de aprobación de una tarifa relacionada con los gastos de gestión de las prestaciones subcontratadas.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 21 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

Por otra parte, se desconoce si a estos gastos de gestión de las prestaciones subcontratadas sería a los que trataría de aludirse con el expresión *“así como el porcentaje de imputación de gastos generales que se haya establecido”*. Sobre el particular advertiremos la necesidad de aclarar el sentido de tal expresión así como de una mayor concreción o detalle en cuanto a su objeto así como en lo relativo al modo de fijar la correspondiente cuantía o porcentaje (competencia, procedimiento, por ejemplo, mediante aprobación de la correspondiente tarifa, etc). Finalmente recordaremos que se tenga en cuenta a tal efecto lo expuesto por el Tribunal de Cuentas según se indica en el párrafo precedente del presente informe.

Así mismo habríamos de advertir de que el precio pagado a los contratistas podría comprender ya el IVA por lo que en tal caso no cabría volver a incrementar la cuantía del mismo sobre el *“coste incurrido”* tal y como se indicaría en la actual redacción del artículo 3.2.b) del proyecto de decreto que se informa.

8.4.4.- En relación con lo dispuesto en el artículo 3.4 no se atisba con claridad conforme a los artículos 92 y ss de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, por qué el que el objeto del encargo *“sea considerado prestación de servicios”* determine la no deducibilidad de las cuotas devengadas por lo que se recomienda incorporar justificación al expediente así como, en su caso, aclarar la redacción.

En relación a la sujeción al IVA de las operaciones realizadas por las Administraciones Públicas recordaremos la necesidad de atender a lo dispuesto en el artículo 7.8º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del IVA y restantes preceptos de aplicación recomendándose efectuar las correspondientes consultas al Centro Directivo competente del Ministerio de Hacienda en relación con las dudas que pudieran surgir a los efectos de su aplicación.

8.5.- Artículo 4.

8.5.1.- En primer término habríamos de recordar que el Tribunal de Cuentas, tal y como se deduciría del Informe transcrito en la Consideración Jurídica Cuarta del presente informe, habría advertido de que las tarifas de los encargos habrían de aprobarse *“realizándose un análisis previo de los precios, comparándolos con los del mercado, no pudiendo ser en ningún caso las tarifas superiores”*. Sin embargo no se contemplaría tal necesidad en el texto del proyecto de decreto que nos ocupa.

8.5.2.- En cuanto a otra de las exigencias puestas de manifiesto por el Tribunal de Cuentas, en el sentido de que el precio obtenido mediante la aplicación de las tarifas *“se ajuste a los costes reales de la prestación”* tal y como prescribiría el artículo 32.2.a) en su último párrafo de la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público, el artículo 4.1 del proyecto de decreto determina que las tarifas se calcularán de manera que *“representen los costes reales totales, tanto directos como indirectos y gastos generales.”*

En relación con la inclusión de este último concepto cabría señalar que la misma no vendría avalada expresamente por los Informes del Tribunal de Cuentas a que aludimos en la Consideración Jurídica Cuarta de nuestro informe que se refieren a estos efectos únicamente a *“la estructura de costes directos e indirectos propia de cada ente instrumental”*, sin que tampoco parezca admitirse en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 13/2015, de 12 de Noviembre, que analiza la cuestión y conforme a los argumentos incorporados al mismo. Por ello entendemos que no resultaría adecuada su mención en el precepto mencionado. Subsidiariamente si viniera finalmente a incluirse advertiremos de lo

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 22 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

adecuado de incorporar asimismo al texto del proyecto de decreto alguna previsión que garantice que tales gastos generales no estuvieran cubiertos por otras vías o mecanismos de financiación de SANDETEL S.A. Medio Propio como entidad instrumental de la Junta de Andalucía a fin de evitar que pudiera producirse una doble financiación de los mismos.

8.5.3.- Teniendo en cuenta el objeto del proyecto de decreto que nos ocupa pondremos de manifiesto el interés que revestiría el recabar el parecer de la Intervención General de la Junta de Andalucía en relación con el mismo en su conjunto y en particular con lo dispuesto en el artículo 4.1 del proyecto de decreto conforme a lo dispuesto en el artículo 53bis.13 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía.

8.5.4.- En el artículo 4.2 del proyecto de Decreto se indica que la aprobación de nuevas tarifas o la modificación de las existentes requerirá *“resolución de la persona titular del órgano o entidad de adscripción de SANDETEL, MP”*. En cuanto a la adscripción actual de SANDETEL, MP, dicha sociedad se encontraría adscrita a la Agencia Digital de Andalucía conforme a la Disposición Adicional Primera del Decreto 128/2021, de 30 de marzo que aprueba los Estatutos de SANDETEL, MP., siendo así que dicha Agencia se encontraría adscrita, a su vez, a la Consejería de Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación conforme al artículo 2.4.d) del Decreto 152/2022, de 9 de agosto, que aprueba la Estructura Orgánica de la mencionada Consejería. Atendiendo a estas últimas circunstancias cabría apreciar que la fórmula empleada en el proyecto de Decreto suscitaría dudas y no aclararía suficientemente la cuestión por lo que la misma habría de mejorarse de acuerdo con las exigencias de la seguridad jurídica. En este sentido no resulta claro si dicha facultad se estaría confiriendo a algún órgano de la Agencia Digital de Andalucía o bien de la Consejería de Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación.

Al objeto de determinar cual fuera la solución adecuada a estos efectos habría de interpretarse lo establecido en la LCSP. En efecto el artículo 32.2.a) en su tercer párrafo de la LCSP aludiría a *“tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado”* siendo así que dicho inciso se incorporaría al artículo 32.2 de la LCSP el cual a su vez indicaría en su inciso inicial *“Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad del sector público aquellas personas jurídicas (...) que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación”*. Finalmente el artículo 32.2.d) de la LCSP en sus dos apartados iniciales establecería los siguientes requisitos, *“1º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio. 2º Verificación por la entidad de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales o materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social”*.

Parece pues que *“la entidad pública de la que depende el medio propio”* a que se refiere el artículo 32.2.a) en su tercer párrafo sería la entidad del sector público respecto de la cual vaya a ser declarado medio propio y a la que competiría verificar que el ente que vaya a ser medio propio cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos así como prestar su conformidad o autorización expresa a dicha declaración.

En el supuesto de SANDETEL S.A. M.P. la cuestión de a quien correspondería tal condición fue analizada por el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía en su informe EEPI00050/18 Declaración medio

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 23 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

propio SANDETEL, emitido por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio a instancia del Director General de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información con fecha 26 de julio de 2018, en el que se razonaba lo siguiente:

“Según se desprende del anterior ámbito subjetivo, se constituye la Administración de la Junta de Andalucía en poder adjudicador con capacidad para hacer encargos a Sandetel, con inclusión de las entidades instrumentales dependientes de la misma y los consorcios adscritos a la Junta de Andalucía. No obstante, como fundamento jurídico del ámbito de declaración del medio propio, se cita confusamente el artículo 32.4 de la LCSP.

A través del artículo 32 de la LCSP se distinguen: 1) los encargos del poder adjudicador a medios propios personificados (artículo 32.2), 2) los encargos inversos o ascendentes, en los que la persona jurídica controlada, siendo un poder adjudicador, realiza un encargo al poder adjudicador que lo controla (artículo 32.3); y 3) y los encargos a medios propios con control conjunto de varios poderes adjudicadores a su vez independientes entre sí.

Dentro de la primera categoría de encargos, la persona jurídica destinataria del encargo asume la condición de medio propio personificado respecto de una “única entidad concreta del sector público” que ha de reunir la condición de poder adjudicador, según el artículo 32.2, debiendo existir entre el poder adjudicador y el medio propio una dependencia funcional (y no orgánica), dado el control característico que ejerce el poder adjudicador sobre el medio propio que ha de ser “directo, indirecto, análogo al que ostentaría sobre sus propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos o decisiones significativas”, según se colige de lo dispuesto en el artículo 32.2 a) de la LCSP. Asimismo, no pierde la consideración de medio propio respecto de una única entidad concreta del sector público que sea poder adjudicador, si el encargo se produce por otras personas jurídicas controladas por la entidad que hace el encargo. En efecto, entre los requisitos contemplados por el artículo 32.2, la letra b) de ese precepto, se requiere 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 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”. Este requisito responde, según interpretación de la norma acorde con su finalidad, a la voluntad de querer imponer un límite negativo en cuanto al ejercicio de la actividad desarrollada por el medio propio, de tal forma que la mayor parte de actividad llevada a cabo por el medio propio se realice a favor de su entidad matriz, o de las personas jurídicas controladas por ésta. Sobre este comentado presupuesto, el Catedrático E.U. de Derecho Administrativo, de la Universidad de la Coruña, Don Carlos Alberto Amodeo Souto, señala sobre los encargos a medios propios e instrumentales, en la página 394 de la obra colectiva “Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público”, que: “El criterio de que el medio propio deba orientar la parte esencial de su actividad a servir las necesidades de su entidad matriz no es sino la expresión de un límite negativo: el medio propio no puede tener vocación de operar libremente en el mercado”. Asimismo, y de conformidad con el artículo 32.2 d) la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en los estatutos o acto de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio; 2) Verificación por la entidad pública de la

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 24 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materia les apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social; añadiendo que los estatutos o el acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar, entre otros extremos, el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición.

Por tanto, y como resumen de lo expuesto, en el artículo 32.2 se dan cita los encargos que una única entidad del sector público, actuando como poder adjudicador, realiza al medio propio personificado, cumpliendo los requisitos establecidos en ese apartado del artículo 32.2. A este propósito responde el proyecto de modificación de estatutos, en el que se deberá determinar la única entidad del sector público respecto del cual tiene la consideración de medio propio personificado, cual es la Administración territorial de la Junta de Andalucía, sin necesidad de que se designen otros poderes adjudicadores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 32.2. De igual modo, no procede la cita al artículo 33 de la LCSP, que alberga la posibilidad de que se realicen encargos de Sandetel al poder adjudicador, por cuanto el reconocimiento de medio propio sólo se requiere para los encargos que tengan lugar, conforme al artículo 32.2, del poder adjudicador al medio propio personificado; o la referencia al artículo 32.4, donde se regulan los encargos a medios propios con control conjunto de varios poderes adjudicadores independientes entre sí.

Por su parte, en interpretación del artículo 32.2 d) de la LCSP, el acto de reconocimiento del poder adjudicador, prestado por Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, al constituirse como órgano superior colegiado que ostenta y ejerce las funciones ejecutivas y administrativas de la Junta de Andalucía según el artículo 2.1 de la LAJA y artículo 3 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se estima suficiente para que Sandetel sea considerado medio propio personificado de la Administración de la Junta de Andalucía.”

A partir de tales razonamientos cabría entender que la entidad de que dependa el medio propio a que alude el artículo 32.2.a) de la LCSP sería aquella respecto de la que se hubiera efectuado la correspondiente declaración de medio propio, en este caso, la “Administración territorial de la Junta de Andalucía”. En tal sentido cabría pues prever en el proyecto normativo que nos ocupa que las tarifas hubieran de aprobarse más bien por la Consejería a que, en última instancia, estuviera adscrita SANDETEL.SA Medio Propio o bien se somete a su consideración el que pudiera resultar de interés la participación en su determinación o aprobación de varios Departamentos o Centros Directivos adscritos a los mismos dentro de la Administración Territorial de la Junta de Andalucía para lo que habría de arbitrase la fórmula que resultara adecuada en derecho al efecto.

8.5.5.- En el artículo 4.2 del proyecto de decreto se indica que la aprobación de nuevas tarifas requerirá Resolución de la persona del titular del órgano o entidad de adscripción de SANDETEL, MP “que se basará al efecto en el informe que emita la Comisión Técnica de Seguimiento de las Tarifas de SANDETEL, MP prevista en el artículo 5 del presente decreto,” sin embargo en el artículo 5.1 del proyecto de decreto figuraría la indicación de que la mencionado Comisión Técnica “elaborará un informe, con carácter no vinculante, sobre la propuesta de aprobación, modificación o actualización de tarifas”, lo que se advierte a fin de que se coordinen adecuadamente ambas menciones a fin de que el proyecto de decreto guarde adecuada coherencia interna. Teniendo en cuenta que si el informe se configurase como

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 25 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

determinante de las tarifas entonces la composición de la Comisión Técnica actualmente contemplada en el artículo 5 tendría que adaptarse de forma que resultara adecuadamente respetada la regla de que las tarifas se determinen por la “entidad pública de que depende el medio propio” establecida en el artículo 32.2.a) tercer párrafo de la LCSP y que ha sido analizada en la Consideración jurídica precedente del presente informe. Ello en la medida en que con la composición actual de dicha Comisión Técnica parece que la mayoría de sus miembros pertenecerían a la estructura de SANDETEL, M.P.

8.5.5.- La previsión incorporada al artículo 4.4 del proyecto de decreto en cuanto que referida a la resolución por la que se apruebe el encargo parece que encontraría mejor acomodo sistemático en el artículo 6 del proyecto de decreto, relativo a la preparación y formación del encargo.

Por otra parte como mejora de redacción se propone aludir a la “Resolución por la que se formalice el encargo” en los términos del artículo 53bis de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía.

Por razones de seguridad jurídica se recomienda concretar o detallar el sentido de la expresión “a propuesta de la persona titular del órgano responsable”.

Otro tanto indicaremos respecto a la expresión “se mantendrán en un formato electrónico que facilite su manejo, con una suma de verificación que permita asegurar su integridad” cuyo contenido por otra parte tampoco parece propio de un texto normativo reglamentario.

8.6.- Artículo 5.

En relación con las expresiones “órgano o entidad del cual dependa SANDETEL M.P.” y “máximo responsable de la entidad de la cual dependa SANDETEL, M.P.” incorporadas respectivamente al artículo 5 en sus apartados 2.a) y 3 del proyecto de decreto advertiremos de la necesidad de su aclaración por razones de seguridad jurídica. Remitiéndonos sobre el particular a lo ya expuesto en la consideración 7.5.4 del presente informe.

Por otra parte, parece que el inciso inicial del artículo 5.3 del proyecto de decreto (“El nombramiento de los miembros de la Comisión Técnica de seguimiento”) cabría suprimirse por resultar innecesario al aparecer comprendidos todos los miembros de la Comisión en los restantes incisos de este mismo artículo 5.3.

8.7.- Artículo 6.

8.7.1.- En el apartado 4, en su inciso inicial se recomienda reproducir en su integridad o literalidad el contenido mínimo contemplado en el artículo 53bis.5.a) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía. Sin perjuicio de adicionar a continuación las previsiones incorporadas a la redacción propuesta en cuanto a los periodos de “certificación o recepción” o “facturación”. Finalmente en relación con éstas últimas previsiones se recomienda unificar la terminología recientemente reproducida, teniendo en cuenta que el artículo 53bis.7 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía se refiere a la periodicidad establecida en la Resolución respecto del “pago del importe de los trabajos”.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 26 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

8.7.2.- En relación con el apartado 5, la indicación incluida al final de su inciso inicial "(...) salvo que en el mismo se contenga una instrucción diversa respecto a dicho inicio, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el propio encargo" no se adaptaría a lo dispuesto en el artículo 53bis.5.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, en su inciso final que no admitiría excepción a la regla establecida conforme a la cual "La comunicación de la resolución por la que se efectúa el encargo de una actuación al medio propio supondrá la orden de iniciarlo".

En relación con el inciso siguiente "se entiende por comunicación el traslado a SANDETEL M.P. por parte del poder adjudicador que realiza el encargo, de la documentación completa del encargo, modificación o prórroga del mismo, por cualquier medio, incluido el correo electrónico o cualquier otro medio de comunicación electrónica, siempre que ofrezca constancia del momento de la recepción" no satisfaría a nuestro juicio la exigencia contemplada en el artículo 53bis.5.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, que al aludir a una comunicación "formal" parece exigir que se cumplan las formalidades contempladas por la normativa a efectos de notificaciones. Por otra parte y sin perjuicio de lo anterior parece que en el último inciso del artículo 6.5 cabría aludir al "trámite" de notificación más que al "procedimiento" de notificación.

Finalmente el artículo 53bis.5.b) de la LAJA también concretaría qué documentación habría de incorporarse a tal comunicación (resolución del encargo, proyecto o presupuesto, con desagregación de las partidas que podrán ser subcontratadas, así como en su caso el programa de trabajos o actuaciones a realizar) sin perjuicio de que pudiera añadirse en el proyecto de decreto documentación adicional, tal y como se hace en la redacción actual del proyecto de Decreto (al comienzo del segundo inciso del artículo 6.5 cuando indica "(...) de la documentación completa del encargo").

8.8.- Artículo 7.

En el apartado 2 se alude a la expedición de una certificación en que conste la aplicación de las tarifas aprobadas a los trabajos ejecutados así como el coste efectivo soportado por el medio propio. Sobre el particular habríamos de advertir que el artículo 53bis.7 de la LAJA se refiere asimismo a la expedición de otro documento el de "certificación de conformidad por la persona designada para dirigir la actuación y/o documento que acredite la realización total o parcial de la actuación de que se trate".

8.9. Artículo 8.

Se recomienda justificar adecuadamente en el expediente de elaboración del proyecto normativo que nos ocupa la indicación incorporada al artículo 8.3 del proyecto de decreto en el sentido de que "la actividad de SANDETEL.M.P., que conforme a sus Estatutos Sociales, está dirigida al fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital", por referencia a los correspondientes apartados o artículos del Decreto que autoriza la constitución de SANDETEL.M.P., sus estatutos, etc así como incorporar adecuada justificación técnica, en lo que resultara necesario, de la adscripción de tales actividades a las mencionadas en el artículo 32.7 de la LCSP "(...) fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital".

Asimismo se propone la siguiente mejora en la redacción de dicho artículo 8.3: "La actividad de SANDETEL M.P. en cuanto que esté dirigida al fomento de las telecomunicaciones, el desarrollo de la sociedad de la información y sociedad digital, se encuentra encuadrada en la excepción al límite del

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 27 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	

cincuenta por ciento en la contratación con terceros de las prestaciones parciales para la ejecución de los encargos que reciba, según se regula en el artículo 32.7 de la LCSP”.

8.10.- Disposición Transitoria Única.

La redacción habría de mejorarse de manera que viniera a modular la aplicación de las previsiones del proyecto de decreto en relación con la normativa precedente más que aludir a *“la pervivencia de los actos, encargos, convenios o contratos relativos a SANDETELM.P. celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto”.*

Sobre el particular recordaremos el límite incorporado al texto constitucional en cuanto a la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales así como la necesidad de que las tarifas y la compensación que se establezca en caso de no aplicarse aquellas representen los “costes reales” y “coste efectivo soportado por el medio propio” en los términos del artículo 32.2.a) de la LCSP.

NOVENA. Como observaciones de técnica normativa haremos constar las siguientes consideraciones:

9.1.- En relación con las expresiones *“en adelante Ley 9/2017, de 8 de Noviembre”* y *“en adelante LAJA”* que se incluyen en el artículo 1.2 del proyecto de Decreto, más allá de la discrepancia entre ambas expresiones, advertiremos que las mismas no resultarían propias de un texto normativo. Por ello en relación con este artículo 1.2 del proyecto de Decreto recordaremos lo dispuesto en los apartados 73 y 74 de las Directrices de técnica normativa sobre cita inicial de leyes estatales o autonómicas (Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa) así como en el apartado 80 de dichas Directrices acerca de la *“Primera cita y citas posteriores: La primera cita, tanto en la parte expositiva como en la dispositiva, deberá realizarse completa y podrá abreviarse en las demás ocasiones señalando únicamente tipo, número y año, en su caso, y fecha”.*

Es cuanto me cumple someter a la consideración de V.I., sin perjuicio de que se cumplimente la debida tramitación procedimental y presupuestaria.

La Letrada de la Junta de Andalucía.
Ana María Medel Godoy.

Firmado por: MEDEL GODOY ANA MARIA		14/05/2024 12:20	PÁGINA 28 / 28
VERIFICACIÓN		https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	