

## INDICE

<b>Laboral</b>	<b>3</b>
Eugènia Anoro	
El Real Decreto 1331/2006 y la relación especial de la abogacía: un balance transcurridos más de 10 años desde su aprobación.	3
<b>Administratiu</b>	<b>11</b>
Aleksandra Czajka	
El nuevo régimen de la división en lotes de los contratos del sector público	11
Joan Perdigó Solà	
Medios propios, auto-provisión administrativa y gestión de servicios públicos	14
<b>Penal</b>	<b>18</b>
María Barbancho	
Comentario a la STEDH nº 51168/15 (Stern Taulats y Roura Capellera v España).	18
M.Àngels Casanovas Benítez	
Días contados para la prisión permanente revisable: el debate.	20
<b>Sobre la Butlleta d'Actualitat Jurídica - GAJ Barcelona</b>	<b>23</b>

**Laboral****Eugènia Anoro****El Real Decreto 1331/2006 y la relación especial de la abogacía: un balance transcurridos más de 10 años desde su aprobación.****El RD 1331/2006 y la relación “especial” de la abogacía.**

Hace 12 años se publicaba en el BOE el Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos (RD 1331/2006, en adelante).

Esta norma fue promulgada en desarrollo de la Disposición Adicional Primera de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes y regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea, un título largo y extenso para un texto legal que, por cierto, nada decía sobre la relación laboral de los abogados.

Esta ley no estuvo exenta de polémica, pues la Disposición Adicional Primera de la Ley 22/2005 “perjudicaba” a los abogados que tenían derecho a cotizaciones anteriores, algunas con actas de liquidación pendientes, al declararlas todas paralizadas y archivadas por ley, dando además a los despachos un plazo de dos meses para dar de alta a sus letrados en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>1</sup>.

En cualquier caso y volviendo al RD 1331/2006, la exposición de motivos ponía de manifiesto elementos que permitían calificar la relación de algunos abogados con sus despachos como laboral, si bien distinguía dos “peculiaridades o especialidades que justifican una regulación específica” (*sic*) que, a juicio del Gobierno, eran una “relación triangular, titular del despacho, cliente y abogado que, sin duda, condiciona el desarrollo de la relación laboral entre los abogados y los despachos”, sin desarrollar con mayor profundidad el concepto, así como que “a los abogados se les aplicarán las normas que rigen la profesión, incluidas las estatutarias y las éticas y deontológicas”, algo predicable -dicho sea de paso- de muchas otras profesiones.

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, FRANCISCO JAVIER. *Régimen Jurídico de Seguridad Social aplicable a la Relación Laboral Especial de los Abogados*. Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, Vol. 1, núm 2, marzo 2007 (págs 322-335).



Así las cosas, el Gobierno a la sazón fijó un régimen diferenciado para los abogados y, en particular, sobre el trabajo por cuenta ajena de éstos. Sus notas definitorias -igual que muchas otras profesiones- son la voluntariedad, la ajenidad, la dependencia y la retribución; características todas ellas que, además, ya se daban en muchas de las relaciones existentes entre algunos abogados y sus despacho antes de la promulgación del RD 1331/2006.

Dicho por doctrina más autorizada, “ninguna otra relación laboral especial gira, de modo exclusivo, en torno al carácter o tipo de empleador, sin atender a la concurrencia de otras especialidades, como son el tipo de trabajo considerado en sí mismo o las circunstancias en las que se presta el abogado autónomo al abogado trabajador por cuenta ajena: la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos profesionales”<sup>2</sup>.

En cambio, conforme al RD 1331/2006, hablaremos de abogado por cuenta propia cuando el profesional tramite sus servicios por sí mismo o incluso con un conjunto de abogados que tramitan de manera independiente sus asuntos y sólo ponen en común una serie de recursos necesarios para el funcionamiento de la empresa, conclusión que podía alcanzarse sin mayores dificultades antes del RD 1331/2006.

---

<sup>2</sup> GARCÍA PIÑEIRO, NURIA. *Del abogado autónomo al abogado trabajador por cuenta ajena: la relación laboral especial de los abogados al servicio de despachos profesionales*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Núm. 83. (pág. 158)

Quizá el Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero, de los llamados TRADES o trabajadores autónomos dependientes (aquellos que obtienen de una misma persona o empresa unos ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales iguales o superiores al 75% del total), constituyó un hito más interesante en cuanto al tratamiento de la figura del abogado autónomo que el RD 1331/2006, que se limitaba a constatar algo ciertamente evidente.

En cualquier caso, la relación “especial” de la abogacía es peculiar y así lo resaltan algunos autores poniendo de manifiesto la “nota de independencia, que goza, aparentemente, de mayores palancas que otras profesiones”, a raíz de la cual “cabe plantearse si el empresario queda facultado e incluso obligado, a desplegar su poder de dirección y control interviniendo en la independencia técnica del Abogado contratado”<sup>3</sup>.

### **La conflictividad laboral de los abogados.**

Las relaciones entre abogados siguen siendo -como se verá más adelante- una fuente inagotable de conflictos que nacen, generalmente, con motivo de un despido no aceptado o cualquier otra forma de terminación de la relación laboral o con una actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, bien sea de oficio o a

---

<sup>3</sup> SEMPERE, NAVARRO, ANTONIO. *Sobre el trabajo de Abogados por cuenta de otros Abogados*. Aranzadi Social num. 10/2008.



instancias de una denuncia de una persona afectada.

El mayor riesgo se materializa para el empleador si no ha definido bien la relación que le unía con el abogado que prestaba servicios, sea de buena o mala fe.

En primer lugar, en caso de extinción de la relación laboral por despido, el despacho deberá hacer frente a una indemnización, cosa que sucede en cualquier relación laboral por cuenta ajena pero que, en este caso, podría constituir una incómoda contingencia económica no prevista.

En segundo lugar, bien por un litigio surgido con motivo de la extinción del contrato o bien en los casos de inspección, se exigirá al empresario que regularice su situación con la Seguridad Social. *Grosso modo*, la defraudación de las cuotas a la Seguridad Social supondrá la obligación de ingresar las cotizaciones pendientes, la aplicación de un recargo del veinte por ciento y la posible imposición de sanciones en el orden social.

Item más, si se traspasa el umbral de 50.000 euros defraudados durante cuatro años, las consecuencias son más graves: el artículo 307 del Código Penal<sup>4</sup> castiga

---

<sup>4</sup> Este tipo nace con la Ley Orgánica 6/1995, aunque la LO 15/2003 subió la cantidad punible de 90.000 a 120.000 euros, luego la LO 5/2010 incorporó el 310 bis, anudándole por tanto responsabilidad penal a la persona jurídica, mientras que la LO 7/2012 rebajó la cuantía a 50.000 euros, seguramente con motivo de la voluntad tuitiva de la Ley 27/201, de 1 de agosto,

con penas de 1 a 5 años y multas del tanto al séxtuplo dicha conducta indistintamente de que se produzca “por acción u omisión”. Conforme al artículo 310 bis del Código Penal este tipo lleva pareja responsabilidad penal para la persona jurídica<sup>5</sup>.

Por último, cabe preguntarse, incluso, si determinados casos podrían llegar a suponer una prevalencia de una ventaja competitiva mediante la infracción de leyes como la prevista en el artículo 15 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, lo que abriría otra vía de inciertas consecuencias.

### **Repaso de algunas Sentencias dictadas sobre el asunto.**

Dicho todo lo anterior, es momento de abordar el tema central de este artículo que es un breve repaso a las Sentencias dictadas por las salas sociales de los Tribunales de Justicia de las distintas Comunidades Autónomas (STSJ, en adelante).

Para seguir una mínima sistemática, se separarán los casos que aprecian existencia de relación laboral de los que no y se abordarán al final otras cuestiones. Se hará referencia, de forma

---

sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que puso a ésta en el foco de protección de nuestro ordenamiento.

<sup>5</sup> Así pues, tener un abogado sin contrato puede acarrear graves consecuencias para el despacho en el orden social, pero tener a cinco abogados sin contrato con un salario -v.gr.- de 20.000 euros anuales, si concurren las notas para que se aprecia trabajo por cuenta ajena, podrían bastar para que se apreciara delito.



indistinta a letrados, abogados y profesionales versus “despachos”, categoría genérica en la que se encuadra al que podría considerarse como empleador (cuando así se aprecie por el Tribunal).

### **Existencia de relación laboral.**

El hecho de estar “dado de alta en el censo empresarial tampoco impide apreciar la existencia de la auténtica relación laboral del demandante con la demandada cuando se ha constatado la existencia” STSJ de Madrid, Sec. 4ª, núm. 601/2015, de 11 de septiembre.

A mayor abundamiento, la STSJ de Madrid, Sec. 2ª, núm. 723/2016, de 14 de septiembre, consideró suficiente para apreciar la existencia de relación laboral la prestación de servicios profesionales sin solución de continuidad y “aunque se modificara la nomenclatura de los contratos y acuerdos suscritos entre las partes litigantes en el año 2009 y 2012, 2013”, debido a que el Tribunal aprecia que “no varió sustancialmente ni el trabajo que realizaba el actor para la demandada, ni las condiciones en que lo hacía que por razón de su naturaleza incluían su horario flexible”.

En el supuesto que dio lugar a la STSJ de Asturias, Sec. 1ª, núm. 2554/2016, de 7 de diciembre, un factor como la similitud de los ingresos efectuados por el despacho a la abogada demandante (con excepciones puntuales antes de las vacaciones de verano u otras) y que no colaboraba con otros despachos ni

presentó declaración de IRPF, además de no estar dado de alta como autónoma y haber realizado en torno a 100 vistas permiten apreciar la existencia de relación laboral.

Por su parte, el TSJ de Catalunya, Sec. 1ª, núm. 3616/2016, de 7 de junio consideró que existe relación laboral “ante unas relaciones en las que se garantizaba a los abogados unos ingresos mínimos y periódicos por la actividad profesional concertada”, supuesto iniciado a instancias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Resulta relevante la STSJ de Catalunya, Sec. 1ª, núm. 5888/2015, de 9 de octubre, en cuanto a que se apreció la existencia de relación laboral incluso no constando “órdenes o instrucciones concretas sobre el modo de desarrollar los encargos” al letrado, algo que el despacho alegaba para defender la inexistencia de relación laboral. En este sentido, el TSJ especifica que en “las profesiones liberales la nota de la dependencia se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan su ejercicio”.

Por último, un supuesto singular es el de la STSJ de la Comunidad valenciana, Sec. 1ª, núm. 724/2016, de 20 de abril, caso de un letrado que prestaba servicios para el sindicato CSIF y solicitaba el reconocimiento de su relación como laboral, lo que el Tribunal deniega teniendo en cuenta factores como “la



manera en que se desarrolla la prestación de servicios entre las partes, la cuantía de la iguala pactada como contraprestación de tales servicios, el mantenimiento de su propio despacho profesional donde en ocasiones recibía a afiliados del Sindicato o a simpatizantes del mismo, el hecho de haber asumido responsabilidades sindicales, ajenas a su prestación de servicios, sus actos posteriores a la decisión extintiva de su relación con el Sindicato, y, en definitiva, el carácter autónomo y flexible de la prestación que efectuaba por cuenta del mismo”, de lo que el Tribunal concluye que el propio demandante “nunca creyó estar ante una relación laboral”.

Estas situaciones coinciden con lo apuntado por alguna doctrina, esto es, que “no habrá relación de dependencia ni responsabilidad por hecho ajeno si los servicios prestados por el letrado no se integran entre los ofrecidos por el principal, no formando parte de su organización, si lo que hay es una mera colaboración remitiendo éste a aquél por ser el más adecuado para resolver el problema jurídico que se presenta”<sup>6</sup>.

### **Inexistencia de relación laboral.**

En el asunto tratado en la STSJ del País Vasco, Sec. 1ª, núm. 1693/2016, de 6 de septiembre, sobre una prestación que tuvo lugar de 2010 a 2012, El Tribunal consideró que el hecho que los ingresos

de un letrado dependan “del resultado de su propio trabajo, asumiendo, por tanto, el riesgo y ventura del mismo que nunca se ha trasladado a la empresa, cobrando el porcentaje pactado cuando se abonaban por el cliente los honorarios deja muy clara la inexistencia de la nota de ajenidad” y permite al Tribunal declarar competencia de la jurisdicción civil para conocer del asunto (STSJ de Madrid, Sec. 3ª, núm. 322/2016, de 23 de noviembre).

Pueden encontrarse más elementos para apreciar la inexistencia de relación laboral. Así, la STSJ de Catalunya, Sec. 1ª núm. 1725/2016, de 14 de marzo, consideró que no concurren las notas necesarias para que se aprecie relación laboral cuando el profesional pone “los medios materiales para realizar su actividad, tales como el ordenador (...) y también podía facturar a sus propios clientes, siendo así que facturaba a otros, y se encontraba de alta en el turno de oficio”, a lo que se añade, en el caso particular, la falta de “presencia del actor en forma usual, en el despacho” de la sociedad demandada, aun concurriendo en este caso la existencia de una retribución fija durante el año 2013 en que se llevó a cabo la prestación (hecho que, en otros casos, ha servido para probar lo contrario).

El caso de la STSJ de Catalunya, Sec. 1ª, núm. 4004/2016, de 20 de junio, es curioso porque nace a instancias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y es el letrado de la TGSS el que demanda y solicita se declare la relación laboral existente desde 2009 a 2013 entre unos letrados y un despacho,

<sup>6</sup> SERRA RODRIGUEZ, ADELA. *El régimen de responsabilidad civil derivada del ejercicio de la abogacía por cuenta ajena*. Revista Indret, 3/2008, julio (pág. 16).



(codemandados todos) que se oponen conjuntamente a la demanda y al posterior recurso de suplicación. En este caso el Tribunal consideró que "las relaciones jurídicas se sitúan extramuros del derecho laboral" porque los abogados "facturaban en unos casos directamente a sus clientes particulares y, en otros, según los encargos del demandado", lo que parece suficiente. No obstante, el Tribunal tiene en cuenta otros hechos como el abono por los propios letrados de sus cuotas colegiales y de cuotas a la Mutua de Previsión Social de Abogados así como presentación de las liquidaciones de IVA, lo que es una situación que se produce en la mayoría de casos de fraude (los llamados "falsos autónomos") por lo que, *per se*, no puede constituir un indicio de gran importancia.

El anterior ejemplo es muy parecido a la cuestión planteada en la STSJ de Madrid, Sec. 3ª, núm. 216/2016 de 31 de marzo, en la que se consideró que no había relación laboral porque el letrado "percibía directamente honorarios de los clientes y cuando no era así, facturaba al despacho", de lo que se concluye que tienen pocos visos de prosperar aquellos casos en los que los letrados, aprovechando el limbo jurídico en el que se encuentran, ejercen trabajos por su cuenta.

### Otras cuestiones.

La STSJ de Madrid, Sec. 2ª, núm. 850/2016, de 13 de octubre aborda el interesante concepto de la quiebra de la confianza, dispuesta en el Real Decreto

1331/2006, que permite la extinción de la relación laboral, matizando que "no es equiparable a cualquier quiebra de la confianza sino que debe tener origen en hechos relevantes en sí mismos, o continuados en el tiempo".

Otro foco de conflictividad laboral en casos en los que sí se reconoce la existencia de relación laboral por ambas partes puede ser la calificación profesional, como lo muestra la STSJ de Asturias, Sec. 1ª, núm. 1239/2016, de 31 de mayo, que consideraba que el letrado no era un mero gestor administrativo, como pretendía el despacho, ya que sus "cometidos (...) con frecuencia van más allá de una mera cumplimentación de modelos formalizados y exigen unos conocimientos jurídicos sobre las materias gestionadas y los procedimientos judiciales seguidos que son imprescindibles para cumplir las funciones encomendadas y, como elementos de éstas, interrelacionarse con otros profesionales del derecho e informar a los clientes de la demandada".

Otro aspecto de interés son las dificultades a que se enfrenta la profesión para la aprobación de un convenio colectivo, de las que se hizo eco la STSJ de la Comunidad valencia, Sec. 1ª, núm. 15/2016, de 12 de enero. El Tribunal ponía de manifiesto que, "del análisis de la regulación de las fuentes establecida en el Real Decreto se desprende que si bien está claro que existiendo convenios colectivos específicos de abogados, no cabrá la aplicación de convenios colectivos generales, como el de oficinas



y despachos, pues ello contraría el espíritu y la letra del apartado 2.b) del RD 1131/2006, ni la autonomía de la voluntad de las partes podrá fijar la aplicación de un convenio distinto; no es tan concluyente qué ha de ocurrir si no existe convenio colectivo específico de aplicación”, máxime en este caso en el que “no se ha aprobado ningún convenio colectivo sectorial de este tipo -específico de abogados en despachos profesionales- en el ámbito correspondiente (tan sólo constan algunos que engloban a abogados, procuradores y graduados sociales....)”. Esta situación, según considera el Tribunal, “impide por ejemplo que por contrato se fije la aplicación de un convenio distinto existiendo un específico para abogados, pero de no existir éstos no puede interpretarse que no quepa que la autonomía individual de las partes fije la aplicación de un convenio colectivo”.

### **Epílogo.**

Del examen de la jurisprudencia, da la sensación que, pese a que la intención del RD 1331/2006 era armonizar una situación que no estaba recibiendo un tratamiento justo y adecuado, cada caso tiene matices peculiares y de ahí que haya tantas Sentencias con algunas notas comunes pero cada una con sus matices especiales.

Será difícil obtener claridad. La falta de homogeneidad en los casos enjuiciados impide que, en muchas ocasiones, no concurra la necesaria contradicción para el recurso de casación para unificación de doctrina para el acceso a la casación y,

por extensión, a la valiosa interpretación del Tribunal Supremo en ejercicio de su función nomofiláctica. Como botón de muestra, los Autos de la Sala 4ª del TS de 20 de octubre de 2015 y de 13 de octubre de 2016 que inadmiten sendos recursos de casación por no concurrir el presupuesto necesario para su admisión.

Sin perjuicio de lo anterior, la reciente STS, Sala 4ª, Sec. 1ª, núm. 127/2018 de 8 de febrero, ha abordado el tema de los falsos autónomos, estimando la acción que interpuso un técnico de reparación de ascensores al que le reconocen la existencia de relación laboral, aun estando dado de alta como autónomo, porque, tras un exhaustivo análisis del caso, el Supremo concluye que se dan todas las notas de laboralidad necesarias y que los indicios de falta de ajenidad o de dependencia “o resultan marginales o deben ceder ante los de mayor fuerza que apuntan” hacia la existencia de la relación laboral, doctrina que puede llegar a extenderse a bastantes casos sobre abogados.

Sea como fuere, los problemas de la relación entre los abogados y sus despachos siguen y seguirán siendo un tema de actualidad. Algunos responden a casos flagrantes en los que, sencillamente, el despacho continúa orillando la legislación habitual como se hacía con carácter general antes de la entrada en vigor del RD 1331/2006. Otros responden al limbo jurídico en el que se hallan algunas situaciones particulares y otros a conflictos propios de las relaciones laborales.





A lo anterior no ayuda que, pese a que el artículo 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, impone a éstos, entre otras cosas, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, la labor de estas corporaciones para armonizar este régimen y, a fin de cuentas, poner fin a algunos abusos evidentes, brilla por su ausencia, más allá de declaraciones institucionales esporádicas huérfanas de acción específica alguna.

En cualquier caso, queda un largo camino por recorrer en lo que se refiere al respeto a los derechos laborales de algunos abogados, como lo muestra una Encuesta conducida por la Confederación Española de Abogados Jóvenes en mayo de 2017<sup>7</sup> que ponía de manifiesto que el 50 por ciento de los jóvenes abogados españoles contratados por despachos trabajan como “falsos autónomos” (un 40,18 por ciento) o con un contrato mercantil por el que no reciben nada (un 9,82 por ciento). Sin perjuicio de que cada una de estas relaciones tendrá sus peculiaridades y no todas podrían ser calificadas como relación laboral, es evidente que un gran porcentaje de los encuestados se encuentra prestando sus servicios bajo un régimen que no es el adecuado y -dejando aparte temas de probática- es muy probable que un Tribunal reconociera su situación laboral.

Para acabar, cuestión distinta será, cuando se armonice el régimen de los

abogados (en un supuesto perfecto en el que todas las relaciones existentes se califican adecuadamente por ambas partes) que ello pueda afectar a cuestiones de oferta y demanda del mercado laboral de los abogados, cuestiones que dependerán de la negociación individual que los profesionales lleven a cabo con los despachos y que, en cualquier caso, deben ser objeto de análisis por los profesionales de la economía.

---

<sup>7</sup> Entre otros medios, publicada en el portal de Internet ConfiLegal



## Administratiu

**Aleksandra Czajka**

### **El nuevo régimen de la división en lotes de los contratos del sector público**

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, modifica sustancialmente el régimen de división en lotes de los contratos. En concreto, se invierte la regla general que se utilizaba hasta ahora, de forma que - siempre y cuando la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan - tendrá que preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes (art. 99 LCSP).

Cuando el órgano de contratación decida no dividir en lotes el objeto del contrato, tendrá que justificarlo debidamente en el expediente de contratación, indicado la concurrencia de los motivos válidos de su decisión. A su vez, como motivos válidos a efectos de justificar la “no división”, podrán operar los siguientes argumentos:

- el hecho de que la división en lotes del objeto del contrato comportara el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A efectos de aplicar este criterio, el

órgano de contratación tendrá que solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de esta circunstancia.

- el hecho de que la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificulte la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico.
- el hecho de que, atendiendo a la naturaleza del objeto del contrato, la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones podría verse imposibilitada por su división en lotes.

Sin embargo, cuando se trate de contratos de concesión de obras, la decisión sobre la no división en lotes de la concesión no requerirá ningún tipo de justificación.

Procede indicar que, junto con la decisión sobre la división en lotes del objeto del contrato, podrán introducirse en los pliegos – sin que ello resulte obligatorio para el órgano de contratación - las siguientes limitaciones, previa justificación en el expediente de contratación:

- limitación del número de lotes por los cuales un mismo candidato o licitador puede presentar oferta;
- limitación del número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador;
- adjudicación de una oferta integradora, cuando resulte admisible adjudicar más de un lote al mismo licitador, en



las condiciones establecidas en el art. 99.5;

- reserva de alguno o algunos lotes para Centros Especiales de Empleo, empresas de inserción o entidades análogas.

La opción de introducir diversas limitaciones a la hora de dividir un contrato en lotes suscita la problemática de la conformidad con la nueva LCSP de una práctica frecuente de varias entidades públicas, que consiste en limitar a las empresas pertenecientes a un grupo empresarial la posibilidad de presentar sus ofertas en un mismo procedimiento u optar por la adjudicación de diferentes lotes. Lo cierto es que la nueva LCSP no regula expresamente el supuesto de la participación de “empresas vinculadas” en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio en un procedimiento de licitación dividido en lotes.

Para resolver la duda planteada, no cabe perder de vista que de la Ley 9/2017 desaparece la regulación del anterior artículo 145.4 del TRLCSP según el cual:

“En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el

procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas.

En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados”.

Con base en esta limitación, los tribunales administrativos y órganos consultivos en materia de contratación ya venían admitiendo que – a excepción de los supuestos del 145.4 del TRLCSP – la presentación de proposiciones simultáneas por empresas vinculadas no puede suponer su exclusión.

Así, la reciente Resolución de TACRC, núm. 252/2017 de 10 de marzo, en la que Tribunal ha rechazado la consideración del órgano de contratación, el cual sostenía “que la adjudicación de los lotes a empresas del mismo grupo pudiera falsear la competencia, o, lo que es lo mismo, que la previsión del pliego [no podrán resultar adjudicatarios de lotes diferentes empresas que entre sí conforman grupo de empresas] tienda a salvaguardarla de una manera más efectiva”, concluyendo que “aunque no podemos excluir que desde la aplicación de la Directiva de 2014, el control del órgano de contratación sobre las prácticas tendentes a restringir la competencia sea más intenso por mor de su preitado

artículo 57, dicho artículo no le autoriza a aplicar medidas preventivas en el pliego que contradigan las previsiones del vigente artículo 145.4 del TRLSP”.

Procede subrayar, que de la anterior regulación del artículo 145 del TRLCSP, en el artículo 149.3 de la nueva LCSP únicamente subsiste la previsión conforme a la cual: “Cuando hubieren presentado ofertas empresas que pertenezcan a un mismo grupo, en el sentido del artículo 42.1 del Código de Comercio, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de identificación de las ofertas incursas en presunción de anormalidad, aquella que fuere más baja (...).”

Sentado lo anterior, debemos concluir que al amparo de la nueva LCSP resulta plenamente admisible la presentación en un mismo procedimiento de licitación de las ofertas por parte de las empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial, sin que exista restricción alguna de la potencial adjudicación de los lotes a las ofertas presentadas por dichas empresas y sin que tales restricciones puedan ser establecidas por los órganos de contratación.



---

## Joan Perdigó Solà

### Medios propios, auto-provisión administrativa y gestión de servicios públicos

Por auto-provisión administrativa se entiende el conjunto de técnicas mediante las cuales las Administraciones públicas pueden llevar a cabo sus actividades con la colaboración de otras entidades, mediante técnicas excepcionadas de la aplicación de la legislación de contratos. Estas técnicas pueden ser la cooperación pública horizontal no institucionalizada, mediante convenios de colaboración interadministrativa, o mediante formas institucionalizadas, como la mancomunidad, el consorcio, la sociedad mercantil o la fundación con participación de diferentes Administraciones. con la participación de varias Administraciones. O la cooperación vertical, los negocios in house providing, a cargo de medios propios de una sola Administración, que es el supuesto concreto que vamos a estudiar.

Las encomiendas de gestión a medios propios se incorpora a nuestra normativa en la Ley 30/2007 de 30 de octubre –arts. 4.1 n) y 24.6– y se mantiene en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP, aprobado por el Real Decreto 3/2011 en los mismos artículos. De todas formas esta novedad se refiere a los medios propios

personificados, porque la auto-provisión mediante órganos-empresa, integrados en la propia Administración y participando de la misma personalidad jurídica –obras, suministros y, en su caso, servicios por administración– son excepciones al régimen general de contratación pública que ya figuraban en la Ley de Contratos del Estado de 1965 y que se ha mantenido en todas la legislación posterior hasta el artículo 30 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, LCSP 2017.

La cuestión más debatida ha sido la relativa a determinar, de acuerdo con las Directivas comunitarias 23 y 24/2014/UE y la normativa interna, cuando se puede reconocer la existencia de un medio propio (cuestión organizativa). Las notas que deben concurrir, de acuerdo con el artículo 24.6 de la legislación contractual y las Directivas comunitarias, fueron fijadas, por ejemplo, en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, JCCA, 2/2012, de 7 de junio de 2012.

En la actualidad, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, LCSP, ha establecido una nueva regulación en relación a las encomiendas de gestión y medios propios. Por lo que se refiere a los contratos excluidos, su artículo 6 excluye en su apartado tercero “las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público”. Estas encomiendas se regulan en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público y suponen mecanismos para alterar el ejercicio de las competencias, sin relación con el aspecto organizativo de la atribución de la



competencia a un medio propio. El objeto de la encomienda es más reducido, tan sólo la realización de actividades de carácter material o técnico, y no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público.

La figura del medio propio está ahora regulada de forma exclusiva y más desarrollada en el artículo 32 de la Ley 9/2017, que se titula “encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados”. De toda forma, antes, la caracterización del medio propio ya había sido regulada en el artículo 86 de la Ley 40/20015 de Régimen Jurídico del Sector Público, si bien sólo de aplicación a la Administración del Estado.

Hay que advertir que esta remisión a los medios propios como una forma de organización personificada se ha de relacionar con la supresión del artículo 8.2 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y de su Texto Refundido de 2011. Este precepto, con precedentes en las anteriores leyes de contratos de las Administraciones públicas, excluía del contrato de gestión de servicios públicos, los supuestos en los que la gestión de dichos servicios sea directa, a cargo de entidades de derecho público o de sociedades mercantiles con capital de titularidad íntegramente público. De la relación entre el referido artículo 32.1 de la Ley 9/2017 y la supresión de 8.2 del Texto Refundido de 2011 podría entenderse que la gestión directa de servicios públicos o de actividades públicas en general se realiza, ahora, mediante la creación de medios propios, con personalidad pública o privada. Como

veremos del análisis de este precepto, así como del artículo 86 de la Ley 40/2015, esto no es así. Las diferentes modalidades de gestión directa personificada de servicios y actividades públicas no tiene porqué, necesariamente, ser calificadas de medio propio, si la Administración titular no tiene la más mínima intención de hacerle encargos adicionales a la realización ordinaria del servicio o actividad pública que constituye su objeto social. Y como veremos también, el apartado 7 b) del propio artículo 32 de la LCSP mantiene la distinción entre medios propios propiamente de auto-provisión, de entes que constituyen modalidades –con personalidad pública o mercantil– de gestión directa de servicios públicos que ocasionalmente puede actuar como medio propio, a las que libera de la prohibición de subcontratar hasta un máximo de un 50% de la cuantía del encargo.

Del precepto citado deben destacarse los siguientes elementos:

1. Estamos ante una fórmula organizativa para la ejecución directa de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios. Por esta razón el encargo que cumpla los requisitos de la ley no será un contrato.
2. La relación entre el poder adjudicador y el medio propio requiere un encargo a cambio de una compensación tarifaria (aspecto negocial o relacional).



3. El encargo excluido debe hacerse a una persona jurídica que sea medio propio. Para ser medio propio se han de cumplir todos y cada uno de los requisitos que se establecen en el artículo 32.2:

- Control directo o indirecto análogo.
- La compensación por el encargo se establecerá por referencia a tarifas aprobadas por la entidad de la que depende el medio propio.
- Más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se han de llevar a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador.
- Si el ente destinatario del encargo es un ente de personificación jurídico privada la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad a aportación pública.
- Reconocimiento expreso en los estatutos o acto de creación de la condición de medio propio, una vez esté acreditada la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador y la verificación por la entidad jurídica de que depende 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.

El mismo artículo 32, tras regular los aspectos organizativos en su número 2 –qué se entiende por medio propio personificado–, en el número 6 se ocupa de los encargos, de los negocios jurídicos que se pueden establecer entre el poder adjudicador y su medio propio,

estableciendo a su vez qué condiciones formales deben cumplirse para que los encargos no tengan la consideración jurídica de contrato, mientras que el número 7 establece algunas condiciones sustantivas.

Finalmente el número 7 regula los negocios jurídicos que puede celebrar el medio propio en ejecución del encargo recibido, estableciendo dos condiciones. Por un lado estos contratos quedan sujetos a la legislación de contratos y, por otro lado, “el importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros no excederá del 50% de la cuantía del encargo”.

Sobre la relación entre la actividad principal u objeto social de la entidad que es medio propio y el objeto del encargo, el artículo 32 de la LCSP no hace mayores precisiones. Sí lo hace, en cambio, el antes aludido artículo 86.2 de la Ley 40/2015 que sólo aplica a la Administración General de Estado, pero que nada impide su extensión analógica y criterio razonable a las Administraciones autonómicas y a las entidades locales.

Es decir que una cosa es la función o el servicio público que constituye el objeto social del medio propio y que ha de ocupar entre el 80 y el 100% de su actividad, para cuya realización es perfectamente posible que no hagan falta encargos específicos y para la cual el ente en cuestión no actúa como medio propio. Y otra son los encargos que, puntualmente y por encargo de la Administración matriz, puede llevar a cabo con sus medios personales y materiales, para realizar actividades que no son las



habituales es su objeto social pero que, por cumplir con los requisitos a), b) o ambos del artículo 86.2 de la Ley 40/2015, su Administración matriz ha decidido que es más eficiente encargar su realización al medio propio que no contratar el servicio a un operador económico externo.

Así por ejemplo una sociedad mercantil de capital 100% municipal que tiene por objeto la gestión directa del servicio público de abastecimiento de agua y alcantarillado, no actúa como medio propio cuando presta dicho servicio, que constituye su objeto social y que ocupa, normalmente, el 100% de su actividad, y para cuya realización no necesita de encargos del Ayuntamiento. Ahora bien, puede actuar como medio propio de la Administración municipal, cuando en unas obras de urbanización, cuya ejecución corre a cargo del Ayuntamiento, además del tendido de las redes de distribución de agua y alcantarillado, también le encarga la ejecución del resto de las obras de urbanización, como construcción de las aceras y el asfaltado de las calles. Un ejemplo similar podría ser el de una empresa municipal de transportes urbanos al que el Ayuntamiento le puede encargar un estudio de movilidad, en lugar de contratar dicho servicio a una consultoría externa.

Ya hemos visto antes que el artículo 32.7 b) de la LCSP 2017 establece que 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. Ahora bien, este mismo precepto prevé, en su último párrafo que no será aplicable esta

limitación 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, ni 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.





**Penal****María Barbancho****Comentario a la STEDH nº 51168/15 (asunto Stern Taulats y Roura Capellera contra España).**

La Sentencia nº 51168/15 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aparecía hace apenas unos días en un momento en la sociedad y en el ámbito jurídico cuanto menos controvertido. Especial interés tiene la citada resolución al dotar de contenido y límites al derecho de expresión y libertad de pensamiento de forma esclarecedora para resolver conflictos jurídicos de los que actualmente somos testigos que llegarán, más pronto que tarde, a Estrasburgo.

El Tribunal, de forma unánime (el Tribunal estaba formado, entre otros, por un español también) considera que el Estado español ha vulnerado el artículo 10 (libertad de expresión) y el artículo 9 (libertad de pensamiento en general) del Convenio Europeo de Derechos Humanos con base en las siguientes afirmaciones:

La libertad de expresión se extiende a información e ideas que puedan ofender, chocar o alterar a un ámbito de la población por cuanto son premisas básicas de una una sociedad democrática basada en el pluralismo, la tolerancia y la apertura de mente. Este derecho encuentra su límite en la protección de la

reputación del otro pero, no obstante, en el caso estudiado (quema de la foto de los reyes en su visita a Gerona en Diciembre de 2007) no se puede afirmar que aparezca en lo presente un ataque personal al monarca. La colisión entre derechos, pues, no existiría. Los hechos acaecidos tenían cabida en la esfera de la crítica política hacia la institución monárquica como símbolo, entre otros, de la nación española.

Realizando un examen conjunto del *modus operandi* (la quema de la fotografía), no parece que éste constituyera un acto de enaltecimiento del odio y de la violencia como venía siendo defendido por el Estado. El Tribunal considera que los actos fueron meramente provocativos con la intención de atraer la atención de los medios informativos pero la finalidad nunca fue incitar a otros a cometer actos de violencia contra del jefe de Estado. La descripción normativa de los hechos es que éstos representan “ a symbolic expression of dissatisfaction”. En suma, se acepta cierto grado de provocación para transmitir un mensaje crítico bajo el paraguas de la libertad de expresión que se consagra en el artículo 10 del Convenio.

Especial relevancia para el resolución tiene la pena impuesta por los tribunales españoles (en este caso la Audiencia Nacional y posteriormente la pena fue reafirmada por el Tribunal Constitucional) puesto que se considera que los 15 meses de pena privativa de libertad no resulta proporcional ni necesaria para la salvaguarda del derecho a la reputación como bien jurídico protegido pretendido.



Cabe recordar que, las sentencias de ámbito nacional ya fueron especialmente sensibles ya que en la propia Audiencia Nacional y en el Tribunal Constitucional las decisiones fueron adoptadas por una mayoría simple de votos de los magistrados, habiendo muchos en contra y con votos particulares. Debemos recordar, también, que los Estados Miembro de la UE deben interpretar su derecho nacional a la luz del acervo comunitario y de la propia jurisprudencia del TEDH. En la actualidad España ocupa el puesto 32 de 47 en la lista de países más sancionados por el Tribunal Europeo. Por suerte o por desgracia podremos comprobar dentro de poco como se dirimen nuevos casos de colisión entre Derechos Fundamentales y en qué posición deja el Tribunal al Estado.



## **M.Àngels Casanovas Benítez** **Días contados para la prisión permanente revisable: el debate.**

El debate acerca de la pena de prisión permanente revisable – PPR en lo sucesivo- se ha vuelto a avivar básicamente por dos acontecimientos divergentes: uno social, de especial consternación: el trágico fallecimiento del menor Gabriel y uno político: en fecha paralela el Congreso de los Diputados debatía y votaba una propuesta de Ley para la derogación de la PPR.

La pena de PPR entró en vigor el 1 de Julio de 2015, con ocasión de la reforma operada en el CP por la Lo 1/2015 de 30 de Marzo.

Toda la oposición salvo el partido proponente se mostró contraria a la aprobación de la misma y tempranamente se aunaron para presentar un recurso de Inconstitucionalidad ante el TC que se encuentra en la actualidad pendiente de resolver.

Un día antes de la votación en el Congreso, en fecha de 14 de Marzo de 2018, más cien catedráticos de Derecho Penal de diferentes universidades española habían suscrito un manifiesto en el que argumentan, para la derogación de dicha pena, que no disuade de la comisión de los delitos más graves y que no salvaguarda el valor constitucional de la reinserción social.

Así mismo con anterioridad, el Grupo de Estudios de Política Criminal consiguió también la firma de más de 200 jueces, fiscales y catedráticos que se pronunciaron en contra de la PPR.

El pasado 15 de Marzo de 2018, tras un arduo debate, se rechazaron en el Congreso de los Diputados dos enmiendas que pretendían el mantenimiento de de la pena de prisión permanente revisable y contrariamente se acordó por mayoría, continuar la tramitación de una proposición de Ley para derogar la PPR y poder eliminarla así de nuestro sistema penal.

En la actualidad y a pesar de prever un corto recorrido de vida a esta -eufemísticamente hablando- pseudo cadena perpetua encubierta dicha medida continúa en vigor.

Después de más de dos años de su codificación solamente existe un único caso en que se haya aplicado, si bien con ocasión de los últimos y reprochables asesinatos – muy mediáticos a su vez- caso Gabriel Cruz o Diana Quer, entre otros, podrían sumarse nuevas condenas con dicha pena.

En nuestro C.P actual son ocho los ilícitos penales que llevan aparejada la PPR:

–Asesinato cuando la víctima sea menor de 16 años o se trate de una persona especialmente vulnerable (140.1.1ª); Asesinato cuando sea subsiguiente a un delito contra la libertad sexual (art. 140.1.2ª); Asesinato cometido por miembros de una organización criminal (art. 140.1. 3ª); Asesinato múltiple (art.



140.2); Delitos contra la Corona (art. 485.1).—Matar a jefe de estado extranjero (o persona internacionalmente protegida (605 C.P); Delitos de genocidio, si existe el fallecimiento, agresión sexual o lesión del art 149, a alguno de sus miembros (art. 607) y delitos de lesa humanidad, si causaren la muerte de alguna persona (art. 607 bis 2.1).

Cabe decir empero, que en el Anteproyecto de ley se contemplaba hasta un total de 13 supuestos delictivos sancionados con la PPR, si bien se aprobaron únicamente estos ocho referidos.

La PPR es la máxima pena de privación de libertad que implica un cumplimiento efectivo de la pena de por lo menos entre 25 y 35 años – dependiendo de que la condena por uno o varios delitos, o de que se trate de delitos terroristas,- y susceptible de ser revisada una vez cumplida esa parte de la condena y cuya ejecución se puede suspender en el último estadio. Posteriormente el Tribunal deberá revisar de oficio si la prisión debe ser mantenida cada dos años.

En cuanto al acceso al tercer grado, no podrá accederse al mismo hasta el cumplimiento de 20 años (si el delito es de terrorismo) o de quince años para el resto de casos.

Cabe decir que si bien se eterniza la pena de prisión, en materia de permisos y de acceso al tercer grado, en ocasiones resulta más favorable su aplicación: por ello no parece demasiado coherente con la finalidad que pretendía la extraordinaria gravedad de la pena, ya que por ejemplo

se da la paradoja que un condenado con PPR puede obtener un disfrute de un permiso penitenciario a los 8 años de cumplimiento efectivo de prisión, mientras que para una pena sancionada con los 40 años, el primer permiso se dilata hasta los 10 años.

La indeterminación en la pena es tal vez la cuestión jurídica más controvertida: ya que para un ilícito penal en concreto se desconoce a de manera concreta y exacta la penalidad efectiva de prisión por lo que ello puede suponer una transgresión al principio básico penal de legalidad ya que no se habla de una pena determinada.

A los efectos de reeducación e inserción social se hace dificultoso trabajar con presos u ofrecer programas de reinserción eficaces a reos que saben que ven tan sumamente lejana su libertad ya sea parcial o total, en una especie de descuido por el esfuerzo a su reintegración, por lo que ab initio, esta condena frustra cualesquiera expectativas personales del reo a su reinserción.

Con la reforma de 2003 ya se hizo efectiva la posibilidad de cumplimiento efectivo de hasta 40 años de prisión y ya se habían endurecido el acceso a los beneficios penitenciarios, por lo que de hecho y a priori ya existía, si se quiere esta pseudo cadena perpetua.

La PPR es una pena de la que se han hecho eco otras legislaciones europeas, si bien la suspensión de la ejecución de la pena se produce mucho más tempranamente en otros países contemplando periodos de suspensión en



la ejecución a partir de 10 años en Bélgica, por ejemplo, o bien a partir de los 15 años en Alemania o Francia.

No deja de sorprender como siendo uno de los países de la Unión Europea con menor tasa de criminalidad tenga uno de los Códigos penales más severos, y cuyas penas de prisión son sin duda de las más largas. Así, la estancia media de un preso en España es mucho mas duradera y en ocasiones duplica la media de otros países europeos vecinos.

Así pues, la PPR puede tener un mayor sentido en legislaciones con penas de prisión de duración bajas o moderadas ya que puede ser un instrumento eficaz que permita no liberar a un sujeto hasta que no se tiene cierta garantía de su resocialización, si bien en el contexto español con una penalidad larga y elevada esta pena de PPR no parece tener un engranaje eficaz.

Sea como fuere lo que parece claro es que la vida de la PPR tiene ( en la manera que se ha configurado en nuestro sistema penal , y por las mayorías políticas actuales) sus días contados.

En todo caso será interesante conocer la resolución que efectúe el TC acerca de su contitucionalidad o acerca de los requisitos de la misma para que devenga acorde con la carta Magna.



## Sobre la Butlleta d'Actualitat Jurídica - GAJ Barcelona

Las opiniones recogidas en los textos publicados en el Boletín pertenecen exclusivamente a sus autores. La opinión oficial del GAJ la expresa su Comité Ejecutivo.

Equipo:            Juan Irala    Oriol Espar    Pol Olivet  
                         Albert Jané    Sandra Melgar    Beatriz Montoya

### Bases

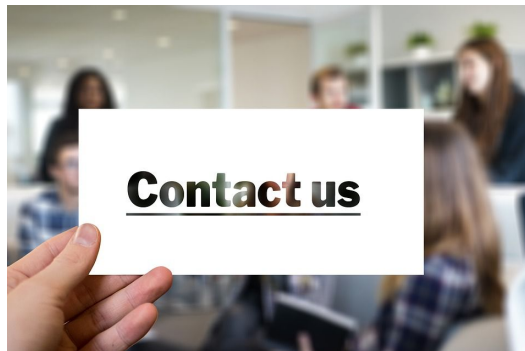
Para facilitar la edición de los trabajos, es necesario el envío de los trabajos adaptados a la siguiente **Plantilla**, respetando las instrucciones que contiene.

Extensión máxima (deberá justificarse que un artículo se aparte del criterio anterior):

- Comentario a sentencia:            1.000 caracteres
- Artículo doctrinal:                    2.000 caracteres

### ¿Quieres publicar en la Butlleta?

Envía un mail con tus preguntas, dudas, propuesta de comunicación o (si ya lo tienes) con el artículo haciendo click en el siguiente link:



Plazos de presentación (hasta las 23.59 de la fecha indicada)	
Trimestre 1	15/03
Trimestre 2	15/06
Trimestre 3	15/09
Trimestre 4	15/12

El GAJ se reserva el derecho a la edición de parte de los textos sin alterar su contenido fundamental.

