

**TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES. ENCOMIENDAS,
CONVENIOS Y CONTRATOS PÚBLICOS (I)**

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho
Coordinador de Contratación
Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización del trabajo: Enero 2016

ÍNDICE

- 1. INTRODUCCIÓN**
 - 2. CONVENIOS, ENCOMIENDAS Y CONTRATOS**
 - 3. TRAGSA, LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN Y LAS ENTIDADES LOCALES**
 - 3.1 TRAGSA Y LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN**
 - 3.2 TRAGSA Y LAS ENTIDADES LOCALES**
 - 4. ENCOMIENDAS Y CONVENIOS EN LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE CONTRATOS PÚBLICOS**
 - 5. BIBLIOGRAFÍA**
-

RESUMEN

La aprobación del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público con sus ingentes modificaciones, así como la última generación de Directivas en materia de contratación pública y su obligatoria y próxima transposición, obligan a los juristas y profesionales de la contratación pública a ampliar sus conocimientos en esta materia, resultando trascendental en este sentido saber diferenciar correctamente las figuras jurídicas de los convenios de colaboración, las encomiendas de gestión y los contratos públicos, porque la errónea tipificación contractual del negocio jurídico en cuestión, tiene como consecuencia la coartación de raíz de los principios generales de la contratación pública comúnmente aceptados y la no legitimación del régimen jurídico que se haya aplicado al contrato y por tanto la invalidez de este, algo de una enorme trascendencia práctica. Este estudio, que se presenta en dos partes (I y II) busca descubrir y destacar las claves y notas características que permitan al gestor público ubicar correctamente el negocio jurídico en cuestión en alguna de las tres figuras jurídicas enunciadas.

1. INTRODUCCIÓN

Es conocida la vitalidad de los principios generales en el ser y sentir de la contratación pública, hasta el punto que sin su existencia y participación estaríamos hablando de otra cosa totalmente diferente al concepto de contratación pública. Esto es precisamente lo que ocurre cuando la posibilidad de participación de estos principios se corta de raíz, de facto, por la voluntaria o involuntaria mala calificación del negocio jurídico que se tiene que evaluar y calificar. Es precisamente desde esta perspectiva, desde la perspectiva de la salvaguarda primigenia de los principios generales, que se aborda en este trabajo el estudio de la incorrecta calificación de distintas figuras jurídicas, todas ellas traídas a colación como consecuencia del nuevo paquete legislativo comunitario en materia de contratación pública y de la aparición en él, como máxima novedad, de una norma que regule por primera vez en el Derecho de la Unión Europea las concesiones de servicios¹.

Por ello, en base al cumplimiento íntegro y primero de estos principios generales y a colación de las nuevas Directivas, es necesario resaltar que resulta oportuno realizar una definición y posterior diferenciación de las figuras jurídicas de los convenios de colaboración, las encomiendas de gestión y los contratos públicos al objeto de fijar cuáles son las líneas divisorias entre las mismas, teniendo en cuenta que su distinta utilización supone importantes consecuencias prácticas ya que, por ejemplo, la simple y hasta a veces abusiva utilización de la figura del convenio trae consigo evitar la correcta aplicación del régimen jurídico del negocio del que realmente se trata, que en muchas ocasiones es bastante más estricto, a saber, negocios jurídicos típicos como pueden ser las subvenciones o los propios contratos públicos².

Recalando finalmente también en un enfoque revelador para la práctica administrativa de las posibles o imposibles relaciones que, derivadas de estos negocios y sus respectivos regímenes jurídicos, se pueden llegar a establecer entre la Empresa de Transformación Agraria, S.A. (TRAGSA) y las Entidades Locales españolas, todo ello a través del análisis y estudio de la normativa y jurisprudencia aplicable a esta empresa pública.

¹ La situación de indeterminación de los contratos de concesión hacía imprescindible su regulación por primera vez en el escenario de la Unión Europea, siendo uno de sus aspectos más notables la completa diferenciación y regulación de los contratos de concesión y el resto de los contratos públicos. Véase LAZO VITORIA, X., "El Futuro del Mercado Concesional en Europa", *Revista CEFLEGAL*, CEF, núm. 154, noviembre-2013, pág. 137-174.

² Véase en este sentido BUSQUETS LÓPEZ, M.Á. y CASTRO RAIMÓNDEZ, J., "Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Auditoría Pública*, núm. 51, 2010, págs. 65 – 86. Este estudio trata de analizar el régimen jurídico de las encomiendas de gestión a medios propios a que se referían los artículos 4.1 n) y 24 de la anterior Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, y su relación con otras figuras afines, como los convenios de colaboración regulados en el artículo 4.1 c) de ese mismo texto legislativo o las encomiendas de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como la delimitación de tales encomiendas con la figura tradicional de los trabajos realizados por la propia Administración.

2. CONVENIOS, ENCOMIENDAS Y CONTRATOS

Podríamos decir respecto de los convenios de colaboración que hasta hace bien poco nos encontrábamos ante la ausencia de una definición legal de los mismos³, y con la necesidad de una norma que regulara de una forma detallada el régimen jurídico de los convenios de colaboración y su distinción de figuras análogas, así como el procedimiento para la tramitación de los mismos, ya que los artículos 6 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) hacen una más que exigua y paupérrima regulación de los mismos, se trata en definitiva de una regulación genérica y no desarrollada reglamentariamente.

Ya en el año 2010 el Tribunal de Cuentas en el Dictamen 878, de 30 de noviembre de 2010, recomendaba sistematizar su marco legal y tipología de los convenios administrativos, establecer los requisitos para su validez, e imponer la obligación de remitirlos al propio Tribunal.

Cuestiones puestas de relieve también dos años después por el propio Tribunal de Cuentas en la Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con la Moción sobre la necesidad de establecer un adecuado Marco Legal para el empleo del Convenio de Colaboración por las Administraciones Públicas⁴, en la que se insta al Gobierno a que

“promueva la elaboración y aprobación de un marco jurídico sustantivo y de procedimiento que complete y sistematice el vigente marco legal de los convenios de colaboración, tanto los que se suscriben entre Administraciones o entidades públicas como los que se suscriben con administrados, que formule su concepto diferenciándolo de figuras afines, y que precise sus ámbitos subjetivo y objetivo, así como los extremos que se han de comprender en su contenido”.

Pero es el mismo Tribunal de Cuentas en la citada Resolución el que matiza esa necesidad de regulación general yendo un poco más allá en su visión, al decir que *“... en vista de la gran variedad de tipos de convenio que existen y sus distintas exigencias, debería considerarse la conveniencia de que cada departamento ministerial elaborara una*

³ Si bien existen muchas definiciones de la doctrina científica (sólo a título de ejemplo PANIZO GARCÍA, A. en “Régimen Jurídico de los convenios de colaboración”, *Revista Jurídica LA LEY*, núm. 3.895, 1995; BLANQUER CRIADO, D., en *Contratos del Sector Público*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1.146; o PASCUAL GARCÍA, J., en *Convenios de colaboración entre Administraciones públicas y convenios con administrados*, Editorial Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012, págs. 33 y ss.) e incluso jurisprudencial (así por ejemplo Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2004 de la Sala 3ª, F.J. 4º) nos encontramos con la ausencia de una definición legal de los convenios administrativos.

⁴ BOE núm. 64, de 15 de marzo de 2013.

GABILEX
Nº5
MARZO 2016

normativa reguladora previa, dentro del expresado marco común...”, es decir, dentro de la norma de alcance general que se hace imprescindible se regule.

Lo que significaría siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ T.R. que *“no se dictaría una norma para cada convenio, como tampoco se dicta una orden ministerial que establezca las bases reguladoras de una subvención para cada beneficiario, pero sí debe dictarse una norma que habilite, tanto por razón del órgano como por razón de la materia, para la firma de un convenio”*⁵.

Circunstancias puestas nuevamente de relieve en el año 2013 por el Informe CORA al establecer expresamente este en su página 192 *in fine* que

*“ante la ausencia de un marco normativo definido que regule el contenido y realización de los convenios de colaboración en sus diversos aspectos, y con la finalidad de dotar de mayor seguridad y control a su utilización, resultaría conveniente aprobar una norma que regulara: el régimen jurídico de los convenios de colaboración y su distinción de figuras análogas, así como el procedimiento para la tramitación de los mismos, en particular, si conllevan coste económico para el Sector Público estatal”*⁶.

Pues bien, en seguimiento por tanto de lo dispuesto de manera reiterada por el Tribunal de Cuentas⁷ y en desarrollo de las medidas contempladas en el informe CORA, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) ha venido a traer a partir del artículo 47 de la LRJSP un marco general de referencia: se definen los convenios y se regulan los tipos; se expresan los requisitos de validez y eficacia de los convenios, así como su contenido y los trámites preceptivos para la suscripción de convenios y sus efectos; y finalmente el tema de los efectos extinción y remisión al Tribunal de Cuentas⁸.

De este modo el artículo 47 de la LRJSP establece ahora que son convenios los *“acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos*

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pág. 685.

⁶ El citado informe CORA además de a las previsiones referidas a los contratos públicos (véase para este extremo el comentario de GIMENO FELIU, J.M., *“El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica”* publicado en el Observatorio de la Contratación Pública –www.obcp.es- [fecha de consulta: 24-junio-2015]) hace alusión a las encomiendas de gestión respecto de las cuales también propone *“elaborar unas pautas que sirvan de guía al gestor público para hacer un uso adecuado de este instrumento, mediante la definición de las características y requisitos que debe reunir cada tipo de encomienda de gestión, la enumeración de los documentos que deben acompañar su tramitación y la comprobación de que se cumplen todos los requerimientos legales para usar correctamente este instrumento jurídico”* (pág. 195 del informe CORA).

⁷ El último párrafo de la Parte II del Preámbulo de esta norma se refiere expresamente al Dictamen 878, de 30 de noviembre de 2010 del Tribunal de Cuentas.

⁸ *“Las claves de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (BOE 2 de octubre de 2015)”*, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., Wolters Klower La Ley.

GABILEX
Nº5
MARZO 2016

públicas y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común". No teniendo tal consideración, los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles. Disponiendo taxativamente que los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos del sector público. Teniendo en cuenta que la entrada en vigor de esta norma con carácter general se producirá al año de su publicación en el BOE, publicación que se produjo el pasado 2 de octubre de 2015.

Así, volviendo al concepto de los convenios y dejando a un lado las opiniones doctrinales que son dispares, se podría decir sintéticamente y de manera unívoca ahora con la suma que aporta la nueva regulación que hace la LRJSP, que la nota que caracteriza a los mismos es la necesidad de un acuerdo de voluntades entre las partes realizado en pie de igualdad y con una finalidad o interés común.

Respecto de los encargos o encomiendas de gestión⁹, prevé el artículo 24 apartados 1, 2, 3 y 4 del TRLCSP que la ejecución de obras, la fabricación de muebles y la prestación de servicios, pueda realizarse empleando de forma exclusiva medios propios de la Administración o a través de la colaboración de empresarios particulares, en este último caso bajo determinadas condiciones y a través de la figura jurídica de los contratos administrativos especiales.

Pues bien, esta previsión a los medios propios de la Administración hay que entenderla en un doble sentido. En primer lugar, en el sentido estricto de aquellos servicios sin personalidad jurídica diferenciada de la propia Administración, siendo, por tanto, los propios servicios de la Administración los que efectúan la prestación (por ejemplo: la obra menor que pueden llevar a cabo el personal laboral de una entidad local cualquiera); y en segundo lugar, en el sentido de aquellos entes instrumentales con personificación diferenciada, en los que además deben concurrir una serie de requisitos para que los mismos puedan tener la condición de medios propios de la Administración (y en este caso también de cualquier otro poder adjudicador), pudiendo ser considerados, por tanto, medios propios y servicios técnicos de esos poderes adjudicadores cuando:

1. Éste o estos poderes adjudicadores ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios.
2. Realicen la parte esencial de su actividad con el poder o poderes adjudicadores que los controlan¹⁰.

⁹ Sobre las encomiendas de gestión en el ordenamiento jurídico español nos da una visión general CONDE QUINTANO, A.M., "La doctrina *"in house providing"* y las encomiendas de gestión en el ordenamiento jurídico español", *Noticias Jurídicas*, febrero 2010. Texto disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/201002-24863105897460.html> [fecha de consulta: 21-junio-2015].

¹⁰ Son los denominados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) como 'criterios *Teckal*' fruto de la sentencia de 18.11.99, asunto C-107/98 y que han sido refrendados por el Alto Tribunal Europeo en posteriores sentencias que luego aludiremos.

GABILEX
Nº5
MARZO 2016

Por tanto podríamos concluir que los convenios se diferencian de las encomiendas de gestión que acabamos de definir en que los primeros son consecuencia de la manifestación de la libre voluntad de las partes, que no tienen por qué pertenecer a la misma esfera pública como sí ocurre en las encomiendas de gestión (es decir, en las encomiendas estamos hablando de una misma Administración, por ejemplo, cosa que no es necesaria en los convenios), derivada de un acuerdo de voluntades en pie de igualdad que busca un interés común, mientras que en las encomiendas de gestión, no existe un acuerdo de voluntades en condiciones de igualdad dado que es el órgano encomendante, el poder adjudicador, el que controla la voluntad del ente instrumental encomendado¹¹.

Pero queda todavía la laguna, en estas definiciones, de los contratos públicos, de cuál es el elemento diferenciador con los dos negocios jurídicos vistos hasta ahora, siendo así que los contratos públicos se diferencian de los convenios en que el acuerdo de voluntades ha de ser de naturaleza contractual, lo que por definición lleva aparejada una contraposición de intereses, esencialmente de carácter oneroso, mientras que en los convenios como se ha señalado la regla debe ser que el interés sea común, además de como veremos no poder tener el mismo objeto prestacional que los contratos públicos ni las encomiendas de gestión, debiendo ser su objeto, como hemos indicado, la cooperación real para la consecución de algún objetivo de interés común¹². Es por tanto igualmente este acuerdo de voluntades, de carácter oneroso en los contratos, el que diferencia a los mismos de las encomiendas de gestión donde ya hemos visto que no existe acuerdo de voluntades alguno.

Asimismo, no se puede sino resaltar la diferencia existente entre las encomiendas de gestión a las que se refiere el artículo 24.6 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) de las reguladas en el artículo 15 de la LRJPAC, por cuanto nos encontramos ante figuras jurídicas distintas dado que el carácter sectorial y posterior

¹¹ En relación con esta diferenciación puede consultarse *la Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia* (pág. 13), disponible en la Web de la Comisión Nacional de la Competencia: www.cncompetencia.es, en el apartado “guías y recomendaciones” [fecha última consulta: 16_junio_2015].

¹² Estos elementos han sido destacados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras, en la Sentencia de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, *Comisión contra Alemania*, relativa a un acuerdo de cooperación en el ámbito de la gestión de residuos entre los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo y cuatro municipios de la Baja Sajonia en la que se desestima el recurso interpuesto por la Comisión Europea por infracción de la Directiva 50/92 y se considera el acuerdo entre estas entidades públicas como esencialmente cooperativo. Justamente en el sentido contrario de calificar al negocio jurídico a análisis como contrato público, puede consultarse la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, *Piepenbrock*, que tiene como objeto la delimitación del concepto de contrato público en la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, en relación al contrato celebrado entre dos entes territoriales para la transferencia de una entidad a otra de la competencia de limpieza de algunos de sus locales mediante una compensación económica. Sobre estas dos sentencias puede verse el informe de jurisprudencia de GALLEGO CÓRCOLES, I., “¿Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 135, ene-feb 2015, págs. 78 y 79.

del TRLCSP provoca rasgos claramente diferenciadores de esta encomienda de gestión respecto de la recogida en la LRJPAC. A título de ejemplo se podría decir respecto de la encomienda de gestión que regula la LRJPAC, que el trabajo del encomendado se retribuye a través de tarifas previamente fijadas, los estatutos o las normas de constitución del encomendado deben reconocer su condición de medio propio y servicio técnico del encomendante o que estos encargos se podrán realizar entre distintas Administraciones Públicas, es decir, no necesariamente se han de dar dentro de la misma esfera jurídica pública, a diferencia de las encomiendas de gestión recogidas en el TRLCSP¹³.

De hecho en este punto de las encomiendas de gestión que regula el artículo 15 de la LRJPAC, no se ha producido el mismo avance que ha supuesto la LRJSP respecto de la regulación de los convenios administrativos y es que el citado informe CORA además de a las previsiones referidas éstos, así como a los contratos públicos¹⁴, hace alusión a las encomiendas de gestión respecto de las cuales también propone *“elaborar unas pautas que sirvan de guía al gestor público para hacer un uso adecuado de este instrumento, mediante la definición de las características y requisitos que debe reunir cada tipo de encomienda de gestión, la enumeración de los documentos que deben acompañar su tramitación y la comprobación de que se cumplen todos los requerimientos legales para usar correctamente este instrumento jurídico”* (pág. 195 del informe CORA). Desarrollo que no se ha producido en el artículo 11 de la LRJSP, que si bien avanza en algo al régimen jurídico del actual artículo 15 de la LRJPAC, dista mucho de la más completa regulación que la nueva Ley reguladora del régimen jurídico del sector público hace de los convenios administrativos y de seguir las recomendaciones realizadas al respecto de las este tipo de encomiendas de gestión por los expertos redactores del informe CORA¹⁵.

¹³ Sobre esta cuestión resulta clarificador el Informe 1/2010, de 21 de julio de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares en sus conclusiones 3 a 10 y en el que la Comisión Permanente de la misma concluye que *“los encargos o encomiendas de gestión regulados en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público son figuras diferentes. Dado que ambas normas jurídicas coinciden parcialmente en la regulación de una materia y lo hacen de manera diferenciada, es necesario aplicar la doctrina de la lex posterior y el principio de la ley especial respecto de la ley general para resolver el conflicto entre estas normas. Esto permite concluir que la Ley de Contratos ha derogado parcialmente o ha modificado el artículo 15 de la Ley 30/1992 en el sentido de que este precepto ya no puede incluir encargos de gestión de carácter meramente contractual, ya que su ámbito ha quedado circunscrito a las actividades o actuaciones materialmente ajenas a la contratación pública”*.

¹⁴ Véase para este extremo el comentario de GIMENO FELIU, J.M., *“El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica”* publicado en el Observatorio de la Contratación Pública – www.obcp.es- [fecha de consulta: 24-junio-2015].

¹⁵ Para conocer en profundidad los distintos convenios de colaboración entre personas públicas y entre personas públicas y privadas y también las encomiendas de gestión véanse PASCUAL GARCÍA, J., *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y convenios con administrados,...* Op. Cit. y *Las encomiendas de gestión a la luz de la ley de contratos del sector público*, Ed. Ministerio de la Presidencia-BOE, Madrid, 2010.

GABILEX
Nº5
MARZO 2016

No obstante todo lo anterior, es necesario seguir avanzando en el estudio respecto de los convenios de colaboración en relación con los contratos públicos. La primera cuestión que cabría formularse es si es posible la firma de un convenio administrativo de colaboración de los previstos en las letras c) o d) del artículo 4.1 del TRLCSP para acometer cualquiera de los contratos definidos por este texto legal.

Ya vimos que conforme a la regulación expresa que ahora hace el artículo 47 de la LRJSP no cabe dicha posibilidad. Ahora bien, es necesario para mayor abundamiento precisar que el TRLCSP se aplica a todos los contratos celebrados por los sujetos incluidos dentro del ámbito subjetivo que fija esta norma en su artículo 3, exceptuando los negocios y relaciones jurídicas que se excluyen en su artículo 4, los cuales y según el apartado 2 del citado artículo 4 se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios del TRLCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Uno de los supuestos de exclusión por tanto que plantea el TRLCSP, es el que contempla la letra c) del apartado 1 del artículo 4, que especifica la no aplicación de la Ley a

“los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley”.

De este modo, se busca limitar la utilización de los convenios de forma que no puedan ser utilizados cuando la prestación a desarrollar este comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios o del TRLCSP, en definitiva, se busca evitar la huida del Derecho de la contratación pública y de los principios y procedimientos que este impone para contratar, tal y como referíamos en la introducción de este trabajo.

Del tenor literal de esta letra c) así como de la redacción de la letra d) del citado apartado 1 del artículo 4, que excluye, a su vez, de la aplicación de la Ley *“los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”*¹⁶, se desprende que el elemento decisivo que permitirá considerar o no sujetos al TRLCSP los convenios celebrados por las Administraciones Públicas, ya sea tanto con personas públicas como privadas, será el que su contenido sea propio de cualquiera de los contratos definidos por esta norma.

¹⁶ Sobre este tipo de convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas privadas véase el estudio realizado por MUÑOZ ZAPATA, D., “Convenios de colaboración entre administraciones públicas y entidades de derecho privado en el TRLCSP”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 131, Editorial La Ley, may-jun 2014, págs. 92-107.

GABILEX
Nº5
MARZO 2016

Por consiguiente y de mucha importancia a tener presente, no es la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio jurídico objeto de controversia la que determina el régimen jurídico que ha de regular el mismo, sino la verdadera naturaleza del negocio jurídico a realizar la que permite prescindir de los principios generales y procedimientos que marca el TRLCSP para la contratación pública, siendo intrascendente en estos casos –y esto es importante nuevamente destacarlo- el umbral económico a efectos de su sometimiento o no a una regulación armonizada¹⁷.

Estando por tanto incluido el objeto del supuesto convenio dentro de la delimitación de los tipos contractuales que realizan los artículos 6 a 12 del TRLCSP, habría de concluirse que el correspondiente negocio jurídico se encontraría englobado dentro del artículo 2.1 del TRLCSP, el cual establece que *“son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3”*. Por consiguiente, ello supone que estos negocios jurídicos no pueden equipararse a los convenios de colaboración a que se refieren las letras c) y d) del artículo 4.1 del TRLCSP a los efectos de la dispensa de someterse a los principios generales y procedimientos establecidos en esta norma, en la forma y términos previstos en la misma.

El problema es que el uso desmedido que de los convenios administrativos se ha realizado en ocasiones viene derivado, como se apuntaba al inicio, de la ausencia, no solo de una definición legal de los mismos, sino también de la inexistencia de una idea doctrinal

¹⁷ Sobre la diferenciación de estos umbrales a efectos de aplicar un régimen jurídico u otro se pronunciaba en su día la Junta Consultiva de Contratación Administrativo del Estado en el Informe 15/07, de 26 de marzo de 2007, y lo hacía de conformidad con la redacción, vigente y aplicable al caso concreto en aquel momento, del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP). La cuestión sometida a consulta era la posible consideración como medio propio de unos Ayuntamientos de la sociedad mercantil Avance Local, S.L., cuyo capital social pertenecía a una mancomunidad de municipios en los que aquéllos participaban, de forma que la Junta Consultiva dispuso que entre los Ayuntamientos que componen la Mancomunidad y la citada sociedad *“no caben convenios de colaboración que tengan por objeto contratos de obras, suministro, consultoría y asistencia o servicios superiores a los umbrales comunitarios (artículo 3.1 letra c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), ni tampoco por aplicación del artículo 3.1 letra d) de la misma Ley”*. Lo que demuestra que la aplicación de un régimen jurídico u otro en aquel momento, para el caso de los convenios, derivaba en parte del umbral económico de lo que hoy conocemos como ‘contratos sujetos a regulación armonizada’ y es que la redacción dada al artículo 3.1 letra c) del TRLCAP por el artículo 34 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, cuya entrada en vigor se produjo el 15 de marzo de 2005, disponía expresamente que *“Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2”*.

GABILEX
Nº5
MARZO 2016

firme del concepto de este negocio jurídico, cuestión ésta que ha dado lugar a no pocos pronunciamientos judiciales sobre la cuestión, siendo por tanto dicha jurisprudencia la que ha venido a marcar definitivamente los límites y fronteras del uso permisible que de los convenios administrativos se puede hacer. Podemos pensar sin embargo que la nueva regulación que aporta la LRJSP nos servirá para corregir esta circunstancia, sirviendo a claros efectos interpretativos y prácticos en tanto en cuanto no entre vigor la regulación que hace de los convenios de colaboración en los artículos 47 y siguientes.

Ejemplos de lo anterior los pone la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*¹⁸, donde se discutió sobre la naturaleza de un convenio del Ayuntamiento de Roanne (Francia) con una sociedad mercantil de capital mixto (Société d'équipement du département de la Loire - SEDL-) para la creación de un centro de ocio en tramos sucesivos, concluyendo el TJUE que un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, ya que recuerda que la Directiva 2004/18 no permite dejarla inaplicada en los contratos públicos de obras formalizados entre dos entidades adjudicadoras, aun en el caso de que la entidad 'contratada', la SEDL, subcontrate la totalidad de la ejecución de esas obras aplicándose para ello las garantías y procedimientos de la normativa sobre contratos públicos.

Otro ejemplo lo encontramos en la sentencia *Correos*¹⁹ en la que se analiza un convenio de colaboración indefinido en el tiempo con el fin de prestar los servicios postales y telegráficos entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte español y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., sociedad que es el proveedor del servicio postal universal en España y donde el Alto Tribunal Europeo calificó a este convenio de relación contractual porque según los apartados 53 y 54 de la sentencia:

“El mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades.

En efecto, tal situación no es necesariamente diferente de la que existe cuando un cliente privado quiere utilizar los servicios de Correos que forman parte del servicio postal universal, puesto que del propio cometido del proveedor de este servicio se desprende que, en tal supuesto, también está obligado a prestar el servicio solicitado, y ello, en su caso, a tarifas fijas o, de todos modos, a tarifas transparentes y no discriminatorias. Pues bien, no cabe duda alguna de que tal relación debe calificarse de contractual. Tan sólo en el supuesto de que el convenio celebrado entre Correos y el Ministerio fuera en realidad un acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo de Correos, acto que se apartaría sensiblemente

¹⁸ Sentencia de 18.01.2007, asunto C-220/05, *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*, Rec. p. I-385.

¹⁹ Sentencia de 18.12.2007, asunto C-220/06, *Correos*, Rec. p. I-12201.

GABILEX
Nº5
MARZO 2016

de las condiciones normales de la oferta comercial de dicha sociedad ..., podría llegarse a la conclusión de que no existe contrato”.

En cuanto a la posibilidad de que ese convenio de colaboración se tratara de una relación *‘in house’* el TJCE lo niega igualmente al decir que según jurisprudencia reiterada, de conformidad con las Directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque la otra parte contratante sea una persona jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando se cumplan los dos requisitos *Teckal*, siendo que *“un convenio de colaboración como el controvertido en el litigio principal no cumple el segundo de los requisitos mencionados en el apartado anterior [que realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que lo controlan] y no puede, por ello, quedar al margen de la aplicación de las normas enunciadas en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE [Tratado de la Comunidad Europea], así como de los principios generales de los que constituyen expresión específica”* (apartados 58 y 87 de la sentencia)²⁰.

En definitiva, en el asunto *Correos* el Alto Tribunal Europeo deja claro que no nos encontramos ni ante un convenio de colaboración, que era el negocio jurídico sometido a juicio, ni ante un encargo o encomienda de gestión, sino ante un contrato administrativo en puridad sometido a las garantías, procedimientos y régimen jurídico aplicable a los mismos.

Contrato administrativo como el que sí declara válido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de diciembre de 2015²¹, que sí entiende que al ser el operador postal universal el único que otorga fehaciencia en sus notificaciones, es completamente legítimo que la Administración aproveche esta ventaja frente a otros licitadores, sin que ello suponga discriminación, en la medida en que el operador postal universal, que es Correos y Telégrafos, es la única que da fehaciencia por su condición de sociedad estatal, se exigía en los pliegos que los otros licitadores tuviesen un sistema alternativo, con de fin de poder asegurar el rehúse de una notificación o su imposibilidad de entrega; y dado que ello es fundamental para cualquier procedimiento administrativo, entiende el Tribunal Supremo que es totalmente legítimo que en este supuesto, se deba otorgar preferencia en la adjudicación a Correos frente a la otra mercantil licitadora, pues ésta no aporta un sistema alternativo con parecidas cotas de eficacia. He ahí precisamente el *quid* de la cuestión.

Conforme a esta premisa, ello no supone discriminación alguna, resuelve el Supremo estimando el recurso, y declara improcedente la anulación del proceso de licitación y la adecuada exclusión del mismo de la recurrente, UNIPPOST, S.A., debiéndose aceptar en suma, la oferta de Correos y Telégrafos, y aprovechar las ventajas que esta sociedad tiene en las notificaciones administrativas. Lo cual no es conculcador de la anterior sentencia, ni de los principios generales de la contratación pública, porque en todo caso en este

²⁰ En este mismo sentido se expresa la sentencia del Tribunal Supremo 1916/2012, Sala 3ª, Sección 7ª, de 20 de marzo de 2012, en la que con base también en la STJCE *Correos*, de 18.12.2007, asunto C-220/06, declara la nulidad de un convenio de colaboración entre Ministerio de Interior y Correos, por cuanto su objeto no se limita a la prestación de servicios reservados en exclusiva a dicha Sociedad, haciéndolo por tanto propio de una relación contractual.

²¹ Recurso 3156/2014. Ponente: D. Nicolás Antonio Maurandi Guillén.

GABILEX
Nº5
MARZO 2016

procedimiento de adjudicación del contrato para la "Prestación de servicios postales en el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y Organismos Públicos" el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no exigía "fehaciencia" (algo que sólo puede aportar Correos y Telégrafos), sino que el licitador dispusiese de un sistema que garantice la constancia, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, de la distribución, entrega, recepción, rehúse o imposibilidad de entrega de las notificaciones o de las certificaciones en soporte papel, algo que como ya dijimos no aportaba UNIPOST.

También encontramos pronunciamientos judiciales nacionales respecto de la misma problemática, entre los que se puede citar a modo de ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo 1066/2004, Sala 3ª, Sección 4ª, de 18 de febrero de 2004 en la que se juzga la legalidad de un convenio de colaboración firmado el 6 de octubre de 1995 por el Conseller de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña y el Grupo de Sanidad Porcina de Lleida para la creación de la unidad sanitaria porcina de Lleida, no cabiendo duda para el Tribunal Supremo conforme al F.J. sexto que el objeto del concierto pactado

“se encuentra incluido en el apartado b) del artículo 5º de la Ley de Contratos del Estado y que no puede equipararse a los Convenios de colaboración con particulares a que se refiere el apartado d) del artículo 3º de la misma Ley, a los efectos de dispensa de someterse a los principios establecidos en su artículo 11”

O también la sentencia del Tribunal Supremo 2489/2005, Sala 3ª, Sección 4ª, de 22 de abril de 2005 que se refiere a un convenio administrativo del Ayuntamiento de Torrent con una empresa mixta en la que participa el propio ayuntamiento, con el fin de suministrar el servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Picanya y donde el Tribunal Supremo refiere en el F.J. séptimo *in fine* que

“ante una sociedad mixta como la aquí constatada no cabe entender existente una gestión directa del servicio sino una indirecta. La suscripción de un Convenio interadministrativo incorporando a nuevos municipios como beneficiarios de la gestión del ciclo integral del agua en sus respectivos términos municipales por una sociedad mixta creada con un objeto limitado al término municipal de Torrente constituye una conducta elusiva del respeto a los principios de libertad de competencia y transparencia reiteradamente manifestados como esenciales [en los contratos públicos]”,

y es que la gestión o ejecución por una Administración de prestaciones cuya competencia corresponde a otra Administración se realizará generalmente mediante un convenio de colaboración para la gestión directa de los servicios de esa otra Administración, pero no será así y habrán de respetarse los principios y normas reguladoras de la contratación pública cuando el sujeto que vaya a asumir los citados servicios lo hace a través de la gestión indirecta, como es el caso de las empresas mixtas.

Pero es que los problemas con los convenios de colaboración ya venían de largo, con anterioridad incluso a su aplicación práctica, porque el motivo de otra sentencia del TJCE, la

GABILEX
Nº5
MARZO 2016

de 13 de enero de 2005, *Comisión vs. España*²², no era otro que un recurso presentado por la Comisión en el que solicitaba al Tribunal que declarara que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea y de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro²³ y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras²⁴, al no haber adaptado correctamente el ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas excluyendo de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP -en el artículo 3, apartado 1, letra c)²⁵-, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas.

Tal y como se puede observar, la problemática de los convenios de colaboración en España tenía su inicio en el propio desarrollo normativo por cuanto el TJUE concluyó que esta normativa de transposición constituía una adaptación incorrecta del Derecho interno español a las Directivas 93/36 y 93/37, dado que excluía “*a priori del ámbito de aplicación del Texto Refundido las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones*” (apartado 40 de la sentencia).

En definitiva, no se pretendía otra cosa por el legislador español en los tres casos objeto de autos en la sentencia que huir del Derecho de la contratación pública de la Unión Europea y de los principios y procedimientos generalmente aplicables en el mismo, más rigoristas que los contemplados en ese momento por el Estado español en la normativa de transposición²⁶.

²² Sentencia de 13.01.2005, asunto C-84/03, *Comisión vs. España*, Rec. p. I-142.

²³ DO L 199, p. 1, de 09.08.1993.

²⁴ DO L 199, p. 54, de 09.08.1993.

²⁵ El tenor literal del artículo 3, apartado 1, letra c) de este texto refundido excluía, en aquel momento, de su ámbito de aplicación “*los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí*”, sin más. Redacción que estuvo vigente hasta el 15 de marzo de 2005 con la entrada en vigor de la modificación operada en este precepto por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

²⁶ En esta sentencia el Estado español fue sancionado:

- al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE nº 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775; en lo sucesivo, «Texto Refundido») y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, del Texto Refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas;

Circunstancias problemáticas que en la práctica la actual regulación viene produciendo todavía, como demuestra a título de ejemplo el Informe 5/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el que el Presidente de la Comarca del Maestrazgo (Teruel) solicita a esta Junta informe sobre si las actuaciones de electrificación en masías rurales contempladas en el marco de un convenio, pueden articularse a través de esta figura jurídica, o si por el contrario deben someterse plenamente al TRLCSP al incardinarse objetiva y subjetivamente en su ámbito de aplicación. A lo que esta Junta de Contratación concluye taxativamente: “I. No es posible suscribir convenios cuyo objeto se halle comprendido en el ámbito objetivo de aplicación del TRLCSP. II. No existe duda alguna,... acerca de que la realización de las infraestructuras básicas de energía eléctrica, para dar respuestas a las necesidades actuales de la Comarca, constituye el objeto de un contrato típico de obras, cuya adjudicación deber realizarse por los procedimientos, y en la forma, que establece el TRLCSP”.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL BLAY, M.Á., “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJCE de 19 de abril de 2001 (AS. C-295/05, *Asemfo vs. Tragsa*)”, *RAP*, núm. 137, enero-marzo 2008, págs. 115 y ss.
- BLANQUER CRIADO, D., en *Contratos del Sector Público*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 1.146.
- BUSQUETS LÓPEZ, M.Á. y CASTRO RAIMÓNDEZ, J., “Algunas conclusiones sobre la naturaleza y régimen jurídico de las encomiendas o encargos de gestión a medios propios a que se refieren los artículos 4.1 n) y 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *Auditoría Pública*, núm. 51, 2010, págs. 65 – 86.
- CONDE QUINTANO, A.M., “La doctrina “*in house providing*” y las encomiendas de gestión en el ordenamiento jurídico español”, *Noticias Jurídicas*, febrero 2010.
- DURVAL TIAGO FERREIRA, “El régimen de la contratación *in house* según las Nuevas directivas de contratación pública”. Disponible en <http://derechoydebate.com/admin/uploads/555e48d80f1af-durval-tiago-ferreira-el-rgimen-de-contratacion-in.pdf> [fecha última consulta: 5-julio-2015].

-
- al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y
 - al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.

GABILEX
Nº5
MARZO 2016

- GALLEGO CÓRCOLES, I., “¿Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley, núm. 135, ene-feb 2015, págs. 78 y 79.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pág. 685.
- GIMENO FELIU, J.M., “El informe CORA y la contratación pública: una visión crítica” publicado en el Observatorio de la Contratación Pública –www.obcp.es–.
- GIMENO FELIÚ, “El valor interpretativo de las nuevas directivas de Contratación Pública antes del vencimiento del plazo de transposición”, Observatorio de Contratación Pública (ObCP). –www.obcp.es–.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “Las claves de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (BOE 2 de octubre de 2015)”, Wolters Kluwer La Ley.
- *Guía de la CNC sobre contratación pública y competencia* (pág. 13), disponible en la Web de la Comisión Nacional de la Competencia: www.cncompetencia.es, en el apartado “guías y recomendaciones” [fecha última consulta: 16_ju_nio_2015].
- LAZO VITORIA, X., “El Futuro del Mercado Concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, CEF, núm. 154, noviembre-2013, pág. 137-174.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “La contratación doméstica (*in house providing*) en la nueva ley de contratos del sector público”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 21-2008.
- MORENO MOLINA, J.A., “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 20-abril-2015 –www.obcp.es–.
- MUÑOZ ZAPATA, D., “Convenios de colaboración entre administraciones públicas y entidades de derecho privado en el TRLCSP”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 131, Editorial La Ley, may-jun 2014, págs. 92-107.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., “Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público: especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria”, *RAP*, núm. 182, mayo-agosto, 2010, págs. 159-190.
- PANIZO GARCÍA, A. en “Régimen Jurídico de los convenios de colaboración”, *Revista Jurídica LA LEY*, núm. 3.895, 1995.
- PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la ley de contratos del sector público*, Ed. Ministerio de la Presidencia-BOE, Madrid, 2010.
- PASCUAL GARCÍA, J., en *Convenios de colaboración entre Administraciones públicas y convenios con administrados*, Editorial Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012, págs. 33 y ss.
- PERNAS GARCÍA, J., “La expansión de la excepción *in house* y la flexibilización progresiva del criterio del ‘control análogo’. Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2008”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 87, junio, 2009.

GABILEX
Nº5
MARZO 2016

- PINTOS SANTIAGO, J., “Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 137, mayo-junio 2015, págs. 20-32.
- REBOLLO PUIG, en “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, núm. 161, mayo-agosto 2003, pág. 381.
- TEJEDOR BIELSA, J., “Algunas novedades sobre encargos de ejecución en las nuevas Directivas...” en el Blog de ‘espublico’. Disponible en: <http://administracionpublica.com/novedades-ejecucion-directivas/> [fecha última consulta: 27-julio-2015].