



Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales

Contracts for joint provision of local public services

Francisco José Villar Rojas
Universidad de La Laguna
fvillar@ull.es

RESUMEN

El presente trabajo estudia la forma en que una Entidad Local pueda prestar un servicio público de su competencia de forma conjunta o cooperativa con otras administraciones públicas. En concreto, se analiza el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE, sobre los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos. Se estudian su fundamento y las condiciones que deben cumplirse para su válida utilización, en tanto que se trata de una excepción a la normativa sobre contratos públicos. La conclusión es que el Derecho Europeo admite y regula una forma tradicional de gestionar servicios públicos locales.

PALABRAS CLAVE

Contratos públicos, servicios públicos, gestión conjunta, cooperación administrativa, derecho europeo.

ABSTRACT

This paper studies the way a Local authority can provide a public service of its competence jointly or cooperatively with other public authorities. Specifically, article 12.4 of Directive 2014/24 /EU, on «contracts for the joint provision of public services», is analyzed. Its basis and the conditions that must be fulfilled for its valid use are studied, as it is an exception to the rules on public works contracts. The conclusion is that European law supports and regulates a traditional way of managing local public services.

KEYWORDS

Public contracts, public services, joint provision, administrative cooperation, european law.

SUMARIO

1. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL MODO DE GESTIÓN EN EL DERECHO EUROPEO; EN PARTICULAR POR COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA. 2. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL COMO MEDIO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. 2.1. EL ARTÍCULO 12.4 DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE. 2.2. LA NATURALEZA DE LOS ACUERDOS DE PRESTACIÓN CONJUNTA: UN CONTRATO, EXCLUIDO. 2.3. LAS CONDICIONES DETERMINANTES DE LOS CONTRATOS DE GESTIÓN CONJUNTA DE SERVICIOS PÚBLICOS. a) Misión de servicio público común. b) Cooperación guiada exclusivamente por el interés público. c) Actividad de mercado auxiliar o marginal. 2.4. ¿OTROS CONDICIONANTES? a) Participación privada. b) Ejecución de actividades por medios propios personificados. c) Aportaciones financieras. d) Servicios y contribución de usuarios. 2.5. UN CONDICIONANTE NEGATIVO: QUE NO SE LIMITE A UNA TAREA A CAMBIO DE UN PRECIO. 3. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA: LA CALIFICACIÓN COMO «CONVENIO» Y SUS CONSECUENCIAS. 4. LA NORMALIZACIÓN DE UNA FORMA CLÁSICA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.

1. LA LIBERTAD DE ELECCIÓN DEL MODO DE GESTIÓN EN EL DERECHO EUROPEO; EN PARTICULAR POR COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVA

¿Puede una Entidad Local prestar un servicio público en colaboración con otras Administraciones o entidades públicas, en particular aquellos en los que la prestación conjunta o cooperativa resulta más eficiente por generar economías de escala, por conseguir mayor calidad de los servicios o por tratarse de servicios en red –como puedan ser el abastecimiento domiciliario de agua potable, la recogida de residuos urbanos, el transporte regular de viajeros o los servicios sociales–¹?

El tenor literal de la legislación de régimen local nada dice. El artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), se refiere a la gestión directa con medios propios o personificados, y a la gestión indirecta, con medios ajenos o por contrato. No obstante, sin perjuicio de las llamadas a la colaboración entre Administraciones en el ejercicio de sus respectivas competencias (artículo 57 LBRL y artículo 140 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, LRJSP), cabe pensar que la gestión de servicios públicos mediante cooperación con otras administraciones públicas esté prohibida o, cuando menos, tenga carácter excepcional. La prohibición de convenios de colaboración entre Administraciones que por su naturaleza tengan la consideración de contratos administrativos, como el de gestión de servicios públicos, vendría a reforzar este entendimiento (artículo 4.1.c, *sensu contrario*, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por R. D.-Leg. 3/2011, de 14 de noviembre –TRLCSP–²).

Lo cierto, sin embargo, es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene dicho lo siguiente sobre la cooperación entre Administraciones públicas en la prestación de servicios públicos:

- a) Que nada se opone a que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios.
- b) Que esta posibilidad de recurrir a sus propios medios para llevar a cabo sus funciones de servicio público puede ejercerse en colaboración con otras autoridades públicas.
- c) Que el Derecho Comunitario no impone a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente.
- d) Y que esta colaboración interadministrativa no cuestiona el objetivo de la normativa sobre contratación pública de asegurar la libre circulación de servicios y la libre competencia, siempre que se cumplan tres condiciones: que esa colaboración responda a consideraciones y exigencias propias del interés general, que los contratos sean celebrados por entidades públicas sin la participación de empresas privadas y que no se favorezca a ningún operador privado frente a sus competidores³.

Es claro, por tanto, que el derecho europeo, admite la cooperación como vía para garantizar la realización de una misión de servicio público –como puede ser, a título de ejemplo, el tratamiento y la eliminación

¹ Agradezco los comentarios que, sobre una versión preliminar de este trabajo, hizo el profesor Francisco Hernández González. En todo caso, quien suscribe es el único responsable del texto y de sus conclusiones.

² La exclusión de los convenios de colaboración entre entidades públicas, que recogía el artículo 3.1.c del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, fue declarada contraria a la normativa europea de contratación pública por STJUE de 12 de enero de 2005, C-84/03 (cdo. 33 a 40). Pero es obligado recordar que esa resolución judicial lo que invalidó fue la exclusión, a priori y con carácter general, de las relaciones entre las Administraciones públicas, sus organismos autónomos y, en general, las entidades de Derecho Público no mercantiles, que acordaba aquél precepto: «*sea cual sea la naturaleza de estas relaciones*» (cdo. 40); y no cualesquiera convenios de colaboración, que serán o no admisibles en función de cuál sea su naturaleza.

³ En este sentido, admitiendo que se trata de contratos de cooperación, se pronuncian la STJUE de 13 de noviembre de 2008, C-324/07 (cdo. 48 y 49), sobre el encargo por un Municipio de la gestión de la red local de teledistribución a una sociedad cooperativa integrada, exclusivamente, por otras entidades locales, a cuyo capital se incorpora; y la STJUE, de 9 de junio de 2009, C-480/06 (cdo. 45 y 47), en relación con el contrato suscrito por 4 entidades locales con la ciudad de Hamburgo para que ésta se encargara, a cambio de una contraprestación, del servicio de valoración de los residuos urbanos de aquellas, reservando para ello una parte de la capacidad de una nueva instalación de la que era propietaria. Por otra parte, reiteran esos criterios, pero concluyen rechazando que pueda considerarse cooperación, la STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/2011 (cdo. 34 y 35), sobre un acuerdo de cooperación entre una Administración y una Universidad, para la realización por ésta de determinadas tareas científicas y de investigación –que el Tribunal considera servicios de ingeniería y arquitectura, sin especial carácter científico–; y la STJUE de 13 de junio de 2013, C-386/11 (cdo. 36-38), sobre un acuerdo entre dos entidades públicas, en virtud del cual una de ellas asume la competencia de limpieza de inmuebles administrativos y docentes de la otra. Da cuenta detallada de la jurisprudencia referida a la cooperación horizontal: GALLEGO CÓRCOLES (2015).

de residuos urbanos generados por cuatro entidades locales, a que se refiere la STJUE de 9 de junio de 2009, citada⁴.

En concreto, atendiendo a los términos de la legislación de régimen local, esa doctrina supone la libertad de gestión directa con medios propios, la indiferencia entre la gestión directa y la gestión indirecta o por contrato de las tareas públicas (lo que contrasta con las preferencias por la gestión directa administrativa y la gestión indirecta del artículo 85 de la LBRL⁵), y la gestión en colaboración con otras Administraciones públicas, ya sea de forma institucionalizada (empresas públicas mixtas, consorcios o asociaciones de administraciones), ya sea de forma convencional (mediante acuerdo o convenio)⁶.

Esto último, la admisión expresa de que las tareas de interés público puedan ser realizadas en colaboración con otras autoridades públicas, justifica el interrogante planteado, y, de modo particular, la determinación de sus presupuestos, las tareas susceptibles de esta modalidad y los límites que deban ser respetados. Pero, lo relevante, es que el derecho europeo derivado, recogiendo lo declarado por el Tribunal de Justicia, admite que una Administración atienda los servicios de su competencia mediante la colaboración con otras entidades públicas, sin que ello suponga «per se» quiebra o fraude a la normativa sobre contratos públicos ni tampoco de las reglas sobre libre competencia.

2. LA COOPERACIÓN HORIZONTAL COMO MEDIO PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

2.1. El artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE

La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, da explicación y forma jurídica básica a la gestión de asuntos públicos mediante cooperación entre Administraciones públicas. La motivación se resume en el considerando 33 de su exposición de motivos:

«Los poderes adjudicadores han de poder optar por prestar de manera conjunta sus servicios públicos mediante cooperación sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular. Dicha cooperación puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regionales o los servicios conferidos a organismos específicos de Derecho público. Los servicios prestados por los distintos poderes participantes no han de ser necesariamente idénticos; también pueden ser complementarios.

Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores.

Con el fin de cumplir esas condiciones, la cooperación debe estar basada en un concepto cooperador. Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público»⁷.

⁴ El régimen de la cooperación horizontal con anterioridad a la Directiva 2014/24/UE: BERNAL BLAY (2011); la primera aproximación a la misma, GIMENO FELIU (2014): 76-79.

⁵ Un análisis del artículo 85.2 LBRL, tras la reforma efectuada por la Ley 27/2013, en VILLAR ROJAS (2016). En general, sobre los modos de gestión de los servicios locales, últimamente LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO (2017).

⁶ Sobre el régimen jurídico de los convenios entre administraciones públicas, categoría en la que debe situarse y explicarse la colaboración para la prestación conjunta de servicios que centra este trabajo, es obligado remitirse a la obra fundamental de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997).

⁷ En términos análogos se expresa el considerando 47 de la Directiva 2014/23/UE, sobre adjudicación de contratos de concesión. Sobre esta directiva, por todos, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (2015).

El criterio es diáfano: las Administraciones públicas, actuando como poderes adjudicadores, pueden prestar conjuntamente los servicios públicos de los que son responsables y pueden hacerlo sin que exista forma jurídica alguna predeterminada a la que deban ajustarse. En todo caso, el contrato es una de las modalidades que pueden emplear. La clave es que la finalidad, la causa o la razón de acudir a esta modalidad de gestión respondan a consideraciones de interés público y que la finalidad sea cooperar, sin que la aportación de cada una de las participantes deba ser equivalente a las restantes, ni siquiera todas tengan que asumir las obligaciones principales. Lo esencial es que las partes asuman compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público, sean esos compromisos más o menos relevantes. El considerando transcrito le pone nombre: «*contrato para la prestación conjunta de servicios públicos*».

Teniendo en cuenta esa explicación, la regulación básica de los contratos para la gestión conjunta de servicios públicos se contiene en el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24 en los términos siguientes⁸:

«4. *Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:*

- a) *que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;*
- b) *que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y*
- c) *que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación»⁹.*

Este es el texto aprobado¹⁰. La propuesta elaborada por la Comisión Europea se ajustaba más a la doctrina del Tribunal de Justicia, en particular en cuanto a requisitos y condicionantes (derechos y deberes mutuos, prohibición de transferencias financieras y limitación estricta al ámbito público). Pero la redacción final no recogió todas esas exigencias¹¹. De este modo, el contenido de ese precepto constituye el entramado normativo de la prestación de servicios públicos por colaboración interadministrativa, que se considera «contrato público» y que, para quedar excluido de la legislación de contratación, debe cumplir con tres condicionantes, no menos, pero tampoco más.

2.2. La naturaleza de los acuerdos de prestación conjunta: un contrato, excluido

De acuerdo con la regulación transcrita lo primero es que el acuerdo, el pacto o el convenio que se suscriba merezca la calificación de «contrato», esto es, adquisición de obras, suministros o servicios por parte de uno o varios poderes adjudicadores (artículo 1.2 Directiva 2014/24); y, más en concreto, de «contrato público», por tanto, debe ser un contrato oneroso, celebrado por escrito entre uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios

⁸ El artículo 12 de la Directiva 2014/24 se ocupa de regular los «contratos públicos entre entidades del sector público», englobando tanto la cooperación vertical –contratación «in house»– (apartados 1 a 3), como la cooperación horizontal –contratos entre poderes adjudicadores– (apartado 4).

⁹ Los mismos términos se reproducen en el artículo 17 de la Directiva 2014/23/UE.

¹⁰ Para un análisis detallado y preciso de este precepto y de su conformación: SANTIAGO IGLESIAS (2015) y VILALTA REIXACH (2016).

¹¹ El artículo 11.4 del proyecto de Directiva preveía lo siguiente: «*Un acuerdo celebrado entre dos o más poderes adjudicadores no se considerará un contrato público a efectos de lo dispuesto en el artículo 2, punto 6, de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes: (a) que el acuerdo establezca una cooperación genuina entre los poderes adjudicadores participantes para el desempeño conjunto de sus tareas de servicio público e implique derechos y obligaciones mutuos de las partes; (b) que el acuerdo se rija únicamente por consideraciones de interés público; (c) que los poderes adjudicadores participantes no realicen en el mercado libre más del 10 %, en términos de volumen de negocios, de las actividades pertinentes en el contexto del acuerdo; (d) que el acuerdo no implique transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, excepto los correspondientes al reembolso de los costes reales de las obras, los servicios o los suministros; (e) que no exista participación privada en ninguno de los poderes adjudicadores participantes*». Durante la tramitación de la disposición, se suprimió la referencia a derechos y obligaciones (apartado a), se incrementó el porcentaje de actividad de mercado hasta el 20%, esto es, 80% de actividad no de mercado (apartado c) y se suprimieron las letras (d) y (e) y, con ello, los condicionantes que establecían (sobre prohibición de transferencias financieras y participación privada en poderes adjudicadores).

(artículo 1.3 Directiva 2014/24). Si falta alguno de estos requisitos, el acuerdo entre entidades públicas no será contrato y, en consecuencia, quedará extramuros de la normativa sobre contratación pública.

En cuanto a los «sujetos», la singularidad es que todas las partes deben ser «poderes adjudicadores», actuando en esa condición, sin que sea admisible la aplicación de este régimen cuando intervenga un operador económico que no tenga aquella condición, ni aunque sea una entidad pública¹². No caben, por tanto, convenios entre dos o más poderes adjudicadores con participación de uno o varios operadores económicos. En cambio, debe advertirse, la redacción del precepto parece que admite la aplicación de este régimen a poderes adjudicadores con naturaleza jurídico-privada, así como a entidades mixtas. Se volverá sobre esto más adelante. Con todo, la actividad objeto de acuerdo debe ser pública y no mercantil, en la medida que la norma sólo admite con carácter auxiliar o residual el que esa actividad se realice en condiciones de mercado (máximo 20% del total de la actividad desplegada objeto de cooperación).

En relación con el «objeto», si las prestaciones que asumen las partes no se corresponden con las propias de los contratos de obras, suministros o servicios, el acuerdo o convenio no merecerá aquél calificativo. Este sería el caso de que la colaboración suponga la ejecución de tareas administrativas, tales como la tramitación e impulso de un procedimiento administrativo de selección de personal (no ya de la actividad material, sino con efectos jurídicos). En todo caso, es obligado resaltar que, dado el concepto amplio de servicios que emplea la legislación de contratos, es difícil encontrar actividades técnicas o materiales que queden fuera de la misma.

El otro requisito es el «carácter oneroso» del acuerdo o convenio. Se trata de una exigencia controvertida, pero, a los limitados efectos de este trabajo, baste con recordar los criterios esenciales afirmados por la jurisprudencia:

- a) El carácter oneroso del contrato implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación.
- b) Esa prestación debe conllevar un beneficio económico para el poder adjudicador, de ordinario representado por la obra, el producto suministrado o el servicio recibido.
- c) El beneficio económico no precisa que la prestación recibida revista la forma de adquisición de un objeto material o físico –también puede ser jurídico, como un título que asegure la disponibilidad de unos bienes, o su uso y cesión futura–.
- d) Por otra parte, el carácter oneroso no implica «ánimo de lucro» en las partes, que pueden ser entidades sin fines mercantiles, siendo irrelevante que no tengan ánimo de lucro, que carezcan de estructura empresarial, como que no estén de modo continuado en el mercado. Ninguno de esos factores excluye la onerosidad.
- e) Asimismo, el carácter oneroso tampoco tiene que comportar ventaja económica para el contratista u operador económico, de modo que esa condición no desaparece cuando la contrapartida se limita exclusivamente a compensar o reembolsar los gastos soportados por el operador en la ejecución de la prestación¹³.

En suma, la onerosidad supone el equilibrio económico entre las prestaciones de las partes, con la particularidad, porque se trata de evitar el fraude, de que la doctrina apuntada insiste en que el poder adjudicador obtenga ventaja o beneficio económico, directo o indirecto, del negocio jurídico. De este modo, si el convenio entre las entidades públicas no es oneroso, no será contrato, y, por ende, resultará ajeno a la normativa de contratación pública.

La consecuencia de cuanto queda dicho es que los acuerdos, pactos y convenios entre entidades del sector público que interesan son aquellos que reúnen la condición de contrato público, por tanto, negocios jurídicos suscritos entre poderes adjudicadores, por escrito, y onerosos. Siendo así, lo relevante es que la exclusión no resulta de la condición pública de las partes, tampoco del objeto de las prestaciones, ni siquiera de si el acuerdo es o no oneroso; por el contrario, la no sujeción a la normativa de contratos

¹² Se dice actuando como poderes adjudicadores porque, es jurisprudencia reiterada, que las entidades públicas pueden ser también operadores económicos, en la medida que estén habilitados para ofrecer servicios en el mercado a título oneroso, y, por ello, participar en licitaciones de otros poderes adjudicadores (por todas, STJUE de 6 de octubre de 2015, C-203/14).

¹³ Los criterios generales se recogen de modo preciso en la STJUE de 25 de marzo de 2010, C-451/08 (cdo. 48 a 54); los matices sobre el mantenimiento del carácter oneroso en la STJUE de 19 de diciembre de 2007 (cdo.29), la STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/11 (cdo. 26 a 29) y la STJUE de 11 de diciembre de 2014, C-113/13 (cdo. 62).

públicos viene determinada por la concurrencia de tres condiciones relacionadas, en esencia, con la finalidad pública y cooperativa, que justifique ese contrato interadministrativo. Así que la gestión conjunta de servicios públicos entre varias Administraciones mediante contrato es perfectamente admisible, y ello aunque parte de su contenido incluya prestaciones propias de una obra, servicio o suministro y que el mismo prevea transferencias financieras entre ellas para compensar los gastos incurridos. Si se cumplen aquellas condiciones, nada impide que esta clase de acuerdos responda, en parte, a la estructura propia de un contrato público¹⁴.

2.3. Las condiciones determinantes de los contratos de prestación conjunta de servicios públicos

a) Misión de servicio público común

La primera condición es que el contrato –acuerdo– que articule la cooperación entre los poderes adjudicadores debe tener como finalidad garantizar: «una misión de servicio público común a las mismas» (STJUE de 9 de junio de 2009, cdo. 37, citada)¹⁵. Lo decisivo es la voluntad de colaborar en el funcionamiento conjunto o coordinado de un asunto público; el tipo de tarea que cada una de ellas asuma como parte de esa colaboración resulta secundario.

El elemento determinante es que la cooperación sirva para asegurar que los servicios públicos se organicen y funcionen de forma tal que sea viable la consecución de un objetivo de interés común. La colaboración en el funcionamiento del servicio público es la clave, más allá de las prestaciones y compensaciones que puedan establecerse –los derechos y obligaciones mutuas de que hablaba el proyecto de Directiva–. Es esencial, por ello, identificar la misión de servicio público en la que todos confluyen. El Tribunal de Justicia ha reconocido esa calificación a la eliminación de residuos, como también a la gestión de redes y servicios de teledistribución locales¹⁶. Pero sin duda hay muchas más. En un Estado descentralizado, la concurrencia de objetivos puede considerarse una característica esencial del mismo: la distribución de competencias y tareas públicas entre los distintos niveles administrativos da cuenta de esa realidad. Es el caso de las competencias en materia de recogida, traslado, tratamiento y valorización de residuos, de la concurrencia entre los distintos transportes públicos regulares de viajeros, o de la estructura de red del suministro de agua, desde su producción en alta, pasando por su transporte, hasta el abastecimiento domiciliario de agua potable; por mencionar clásicos servicios públicos en los que la intervención local es patente.

Siendo ese el aspecto nuclear –la existencia de objetivos comunes–, lo que sea servicio público debe ser entendido en sentido amplio, identificado con actividad administrativa, tal y como resulta de la exposición de motivos que quedó transcrita. No otra cosa cabe concluir de la referencia a «servicios y responsabilidades que hayan sido asignados a los poderes», pero también «que estos hayan asumido», «tareas obligatorias y facultativas» de las entidades públicas. Lo mismo cabe concluir de la limitación de «actividades» de mercado, concepto ese mucho más amplio que el de servicio público. Ciertamente que de algunos pronunciamientos previos del Tribunal de Justicia cabía extraer la necesidad de que esos servicios fueran de competencia de las administraciones concurrentes, incluso que fueran esenciales u obligatorios¹⁷. Pero el criterio del legislador europeo es más amplio, referido a cualesquiera tareas, obligatorias o voluntarias, que ejerza o pueda ejercer el poder adjudicador. Lo relevante es que esas tareas se realicen en ejercicio de competencias o de actividades de las que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, las Administraciones concurrentes son responsables, sean obligatorias o sean facultativas. En el caso de la Administración local, este entendimiento da cobertura a las competencias propias, a las competencias delegadas, por supuesto a los servicios obligatorios, y, además, a las llamadas competencias distintas de las propias y delegadas (artículos 25, 26, 27 y 7.4 LBRL).

¹⁴ Destacó esta condición de contrato público de los convenios de colaboración entre Administraciones: VILALTA REIXACH (2016): 96-97.

¹⁵ El concepto «misión de servicio público» es propio del Derecho Europeo; en particular, el encargo mediante un acto del poder público de una tarea de esa clase legitima la imposición de obligaciones de servicio público, como también la financiación pública para el cumplimiento de las mismas sin que se considere ayuda de Estado. Por todos, GONZÁLEZ SANFIEL (2010): 123-135.

¹⁶ SSTJUE de 13 de noviembre de 2008 y de 9 de junio de 2009, citadas.

¹⁷ Es el caso de la STJUE de 18 de diciembre de 2007, C-532/03, que admitió la exclusión de un convenio de servicios de transporte de urgencia en ambulancia de la normativa de contratación pública, rechazando que la colaboración financiera de otra entidad determinara la condición de contrato, en tanto el organismo correspondiente actuaba «en ejercicio de sus propias competencias, directamente, deducidas de la Ley» (cdo. 37).

En coherencia con lo anterior, la misión de servicio público común comporta el desempeño por cada una de las Administraciones involucradas de las tareas, funciones o prestaciones que les corresponden en relación con aquél objetivo común; y ello con independencia de que su contribución sea mayor o menor en comparación con la de las otras, de igual modo que de los medios jurídicos, económicos o técnicos que aporten. Lo fundamental es que todas y cada una de ellas tengan responsabilidades relacionadas con el servicio de que se trate y contribuyan, de uno u otro modo, a su funcionamiento cooperativo. Es preciso, por ello, identificar la misión compartida y, de modo particular, el título habilitante de la intervención de cada poder adjudicador en relación con un servicio, tarea o actividad pública sustantiva, con independencia de la mayor o menor relevancia en el conjunto.

En relación con esta fórmula cabe preguntarse si, cuando se habla de cooperación en el funcionamiento de servicios públicos, es indispensable que esas actividades estén ya operativas, prestando servicios a Administraciones y/o usuarios; o si, por el contrario, si también es viable para la puesta en marcha o el establecimiento de los servicios. Pues bien, es razonable considerar que, siendo la cooperación interadministrativa un medio ordinario de gestión de asuntos públicos, su empleo es admisible tanto para el establecimiento, como para el funcionamiento, de los servicios públicos de que se trate. Entenderlo de otro modo implicaría una restricción sobre el alcance de este mecanismo sin que concurran razones que lo explicaran.

En suma, el contrato de prestación conjunta de servicios públicos requiere la concreción de la misión de servicio público común perseguida por los poderes adjudicadores que lo suscriben, lo cual implica que cada uno de ellos tenga competencia o responsabilidad en relación con todo o parte de esa actividad pública. En el caso de los servicios locales obligatorios (art. 26 LBRL), esa misión se encuentra en las correspondientes normas reguladoras; en cualquiera de ellas se establece como objetivo que esa clase de servicios funcione como un sistema coherente, con independencia del reparto de competencias y tareas entre distintas Administraciones.

b) Cooperación guiada exclusivamente por el interés público

El segundo condicionante de esta clase de contratos es que su razón de ser sea la consecución del interés público. Dado que ese interés es la guía obligada de la actuación de cualquier poder adjudicador, sea genérico para las Administraciones territoriales, sea específico para los organismos públicos, es claro que el sentido de esta exigencia debe establecerse en relación con la razón propia de los contratos que sí se sujetan a la Directiva. Tanto más cuando se considera que la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, principios de marcado carácter económico, son hoy principios rectores de la actividad de todas las Administraciones Públicas (artículo 135 CE); y, de modo particular, que la elección de la forma de gestión más eficiente es un interés público primario e indiscutible (artículo 85 LBRL).

Como quedó anotado, la causa de los contratos públicos se encuentra en su onerosidad, esto es, el equilibrio entre el beneficio económico que obtiene el poder adjudicador y la contrapartida que corresponde al operador económico, que da cuenta de los distintos intereses de los contratantes, que deben ser de igual valor. Pero, como queda dicho, la consecución de este resultado es, en sí mismo, de interés público; y, por ello, el carácter oneroso es admisible. Por ello el interés público que legitime o justifique la cooperación interadministrativa debe ser otro distinto y diferenciado. Es preciso encontrar la causa de esta forma de gestión de servicios¹⁸.

Se ha afirmado, a tenor de algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia y del proyecto de Directiva, que esa causa o finalidad de interés público obliga a llevar esta clase de contratos hacia las actividades «fuera de mercado», o, dicho de otro modo, que su objetivo no pueden ser tareas o funciones que tengan carácter mercantil¹⁹. Sin embargo, la referencia expresa de la Directiva hacia la consecución de servicios públicos –que, de ordinario, tendrán carácter económico, y no siempre se prestarán en régimen de monopolio–, la admisión de transferencias financieras entre las Administraciones involucradas –por más que deba ser entendido en términos compensatorios, no de beneficio económico de una frente a otra–, la previsión de que no todos los poderes adjudicadores asuman las obligaciones contractuales principales –pueden asumir una parte secundaria–, así como que no todos deben realizar iguales servicios, pueden limitarse a tareas complementarias y auxiliares, obliga a admitir que las actividades susceptibles de colaboración son cualesquiera

¹⁸ Sobre la distinta causa de los contratos/convenios de colaboración excluidos frente a la causa remuneratoria exclusiva de los contratos públicos, ampliamente, PASCUAL GARCÍA (2016), SANTIAGO IGLESIAS (2015), VILALTA REXACH (2016).

¹⁹ En este sentido, antes de la aprobación de la Directiva 2014/24/UE, se manifestó BERNAL BLAY (2011): 369-372.

de la competencia o responsabilidad de las entidades públicas que cooperen, incluyendo las prestaciones propias de obras y de servicios públicos, por emplear un concepto amplio de la actividad administrativa. Ahora bien, aun con esa amplitud, lo singular es que todas esas tareas se combinen por razones como la viabilidad –incluso financiera– de los servicios, la calidad y regularidad de las prestaciones, la innovación o la mejora ambiental, la asistencia entre Administraciones, o cualesquiera otras finalidades públicas, más allá del intercambio de prestaciones entre ellas que pueda tener lugar.

Lo que legitima los contratos de prestación conjunta de servicios públicos es que su contenido venga justificado por razones de interés público, más allá del mero equilibrio prestacional propio de los contratos públicos. Lo relevante es la voluntad de cooperar en asuntos de los que son responsables y en los que se da una confluencia, en más o en menos, hacia fines comunes. Un entendimiento más restrictivo, que sólo admitiera la colaboración en actividades fuera de mercado («no económicas»), en el sentido que quedó apuntado, iría en contra de la premisa de partida de esta figura: que el Derecho Europeo acepta sin discusión que las autoridades públicas pueden prestar los servicios de su responsabilidad con sus propios medios y, además, también pueden hacerlo mediante colaboración con otras entidades públicas. Lo que queda excluido de esta modalidad convencional es que una Administración comercialice o ponga en el mercado bienes y servicios, actuando como un operador económico más, aunque ello sea a favor de otra entidad pública²⁰. En otro caso, la concurrencia de un fin público concreto, en tanto que interés público, debe considerarse causa suficiente para la colaboración conjunta en la gestión.

c) Actividad de mercado auxiliar o marginal

El tercer requisito determinante de la validez de los contratos de gestión conjunta de servicios es que ninguno de los suscribientes –poderes adjudicadores– realice en el mercado abierto más del 20% de las actividades objeto de cooperación. Esta regla favorece la utilización de esta clase de contratos por las Administraciones públicas, evitando rigideces (el proyecto de directiva lo situaba en el 10%). Ahora bien, la adecuada aplicación de esta exigencia requiere abordar dos cuestiones: lo que deba entenderse como «actividad objeto de cooperación» y el modo de calcular o medir ese porcentaje.

En cuanto a la actividad objeto de cooperación, su significado puede determinarse, cuando menos, de dos maneras: en sentido estricto, aquella sobre la que se establece la colaboración (por ejemplo, la recogida de residuos urbanos, distinta del tratamiento, o el transporte público regular de viajeros distinto del transporte discrecional), o bien en sentido amplio (eliminación de residuos, transporte de viajeros...). El primer criterio puede convertir en inútil esta exigencia: si se trata de la recogida de residuos, el servicio municipal incluirá todas las prestaciones propias de este servicio público, de modo que esta exigencia sería muy secundaria (que se ofrecieran servicios de limpieza de fincas privadas o algo semejante). El otro criterio, el amplio, sí que ofrece un margen razonable de aplicación: es posible que un Ayuntamiento se ocupe del transporte urbano regular de viajeros, pero que, además, preste, siquiera de forma subsidiaria, algunos servicios discrecionales. En este caso adquiere sentido la regla del 20%: la actividad objeto de la cooperación es el transporte, lo que engloba el transporte regular y el discrecional.

La aplicación práctica dirá, pero, dado que se trata de una excepción a la normativa de contratación, cuando menos inicialmente, lo razonable es utilizar un criterio amplio, que permita ponderar adecuadamente que, del conjunto de actividades relacionadas, las públicas son las mayoritarias, siendo residual las actividades de mercado.

En relación con el cálculo de la regla del 20%, los parámetros son los mismos que los utilizados para admitir la cooperación vertical, esto es, la contratación con medios propios personificados (artículo 12.5 Directiva). El criterio ordinario es considerar el volumen de negocio total de cada poder adjudicador relacionado con la actividad de que se trata. Pero no es el único criterio. También cabe «otro indicador alternativo apropiado», como los gastos soportados por la entidad pública en relación con los contratos de obras, suministros o servicios suscritos. Lo destacable es que la Directiva no impone una forma de calcular, sino que, recordando la empleada por el Tribunal de Justicia, admite que se utilice cualquier otra que pueda dar cuenta real de esa actividad de mercado y de no mercado.

²⁰ La STJUE de 13 de junio de 2013, citada, rechaza un convenio entre dos entidades territoriales por el que una encargaba a otra la limpieza de algunos de sus locales (edificios administrativos, colegios...), porque, en rigor, su contenido era el propio de un contrato de servicios, en tanto no se reconoce cooperación alguna, sino mera prestación de una a favor de la otra, y, además, la entidad que asumía la tarea de limpieza tenía facultades para contratar su ejecución con operadores privados.

2.4. ¿Otros condicionantes?

a) Participación privada

¿Es posible que esta clase de contratos públicos excluidos sean suscritos por poderes adjudicadores en los que participen personas privadas (básicamente, empresas mixtas y consorcios)?

En el caso de la cooperación vertical –medios propios–, esta posibilidad está prohibida. Es criterio asentado en la doctrina europea sobre contratos que la consecución del interés público decae cuando interviene un sujeto privado, porque, de una u otra forma, aquel interés resultaría contaminado por los intereses mercantiles propios de ese operador.

Sin embargo, en la cooperación horizontal es razonable pensar que el legislador lo admite en la medida que el proyecto de Directiva lo excluía –en línea con el criterio del Tribunal de Justicia que quedó anotado más atrás–, pero, en la tramitación, este condicionante fue suprimido. Es más, de forma directa, la exposición de motivos de la Directiva 2014/23/UE de concesiones, declara su admisión: «*También debe aclararse que los poderes o entidades adjudicadores tales como los organismos de Derecho Público que pueden tener una participación de capital privado deben estar en condiciones de hacer uso de la excepción por cooperación horizontal*» (cdo. 46). En consecuencia, la clave es que se trate y actúe como poder o entidad adjudicadores; cumplida esa condición, la participación de capital privado en el mismo es irrelevante (esto da cabida a los consorcios, las sociedades y las fundaciones públicas).

Por otra parte, lo que, en cualquier caso, queda prohibido es que el contrato de prestación conjunta suponga un beneficio para un operador privado que lo ponga en ventaja respecto de sus competidores. Este criterio es coherente con el interés público específico, no meramente patrimonial, que debe perseguir esta clase de cooperación, así como con la neutralidad respecto de la libre competencia que debe respetar esta modalidad de gestión de asuntos de competencia pública. La consecuencia es que no cabe que los poderes adjudicadores encomienden las tareas comprometidas a sujetos privado, obviamente, al margen de la normativa de contratos públicos.

b) Ejecución de actividades por medios propios personificados

¿Es viable que para el cumplimiento de sus compromisos, uno o varios de los poderes adjudicadores utilicen medios propios personificados, de modo que, por la vía de la cooperación horizontal, un poder adjudicador pueda, siquiera de forma mediata, encomendar a una entidad instrumental sobre la que no ejerce control, el desempeño de tareas o servicios que le competen?

Nada se opone a esta fórmula. Es viable en la medida que el fundamento de esta clase de contratos es que las autoridades públicas deben tener la capacidad de gestionar conjuntamente sus servicios sin que sea exigible una forma jurídica determinada, y, por tanto, nada impide que, en cuanto a las obligaciones que les correspondan, cada una de las Administraciones cumplan los compromisos que hayan asumido empleando los medios propios de los que dispongan –lo mismo que los medios directos–. Lo que está prohibido es que, en virtud de esta clase de contratos, una entidad privada resulte privilegiada frente a sus competidores.

Por otra parte, es preciso advertir que esta fórmula no es un supuesto de «cooperación vertical», ni directa, ni indirecta, ni conjunta, en la medida que no todos los poderes adjudicadores que colaboran ejercen un «control análogo» sobre el ente instrumental que colabora. No es preciso, por tanto, que se cumplimenten los requisitos específicos de esa forma de cooperación (básicamente, los recogidos en el artículo 12.1 a 3 de la Directiva 2014/24/UE)²¹.

El paradigma de esta fórmula es el régimen de colaboración de TRAGSA con las entidades locales, que se realiza mediante un convenio de éstas con la Administración General del Estado, que, a su vez, encarga a esa empresa, en tanto que medio propio y servicio técnico, la ejecución de lo pactado²².

²¹ Como es conocido, la «cooperación vertical» se refiere a los contratos celebrados por una entidad pública con una persona jurídicamente distinta de aquella cuando, al mismo tiempo, dicha entidad ejerza sobre la mencionada persona un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, además, la mayor parte de la actividad del sujeto controlado se realice en ejercicio de tareas encomendadas por la entidad o las entidades que la controlan (entre otras, STJUE de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, cdo. 32, y STJUE de 13 de junio de 2013, C-386/11, cdo. 34; regulado por el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE). Sobre esta cuestión, entre una amplia bibliografía, las aportaciones de PERNÁS GARCÍA (2008), PASCUAL GARCÍA (2010), VILALTA REIXACH (2014), MORILLO-VELARDE PÉREZ (2015) y GALLEGU CÓRCOLES (2017).

²² La «Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima» (TRAGSA), cuyo régimen jurídico se encuentra regulado en la D. A. 25.^a TRLCSP, es una sociedad de titularidad pública, cuyo capital social pertenece íntegramente a la Administración estatal y a

c) Aportaciones financieras

Otra cuestión a considerar se refiere a si es posible que las partes realicen transferencias financieras entre ellas y, en su caso, en qué concepto.

La exposición de motivos de la Directiva se refiere expresamente a las aportaciones financieras de las partes, de modo que esta clase de contrato incluye –o puede incluir– contribución de esa clase. Ahora bien, en cuanto a su función en el contrato, si es o no contraprestación, lo importante es que, en razón del criterio de interés general que debe guiar la cooperación, esas aportaciones pueden o no corresponderse con el valor de los servicios realizados por los otros poderes adjudicadores, por tanto, pueden ser inferiores al coste, aunque también pueden ser equivalentes. En este sentido, el Tribunal de Justicia ha admitido que las aportaciones o las transferencias financieras puedan constituir la compensación o el reembolso de los gastos generados por las tareas asumidas.

El límite de esas aportaciones se encuentra en que esas contribuciones incluyan o incorporen, de algún modo, un margen de beneficio industrial –como si de un contratista o un concesionario se tratara–, porque, en este caso, cabría poner en duda la finalidad de interés público y la justificación del contrato en la consecución de objetivos comunes, y no meramente económicos. Con todo, en la hipótesis de que las transferencias tuvieran ese carácter, antes de descalificar el contrato, sería preciso el análisis del conjunto de sus cláusulas, de los compromisos y de los deberes asumidos por las partes, para poder establecer si, pese a todo, la condición de cooperación se mantiene y explica esa situación. Y es que la prohibición de transferencias financieras estaba en el proyecto de Directiva, pero fue suprimida.

d) Servicios y contribución de usuarios

¿Es válido que los convenios de prestación conjunta sirvan para prestar servicios a terceros y, de modo particular, que legitimen el cobro a los beneficiarios de los mismos, o, por el contrario, únicamente pueden amparar la prestación entre las Administraciones?

Se ha dicho que estas vías son contrarias a la finalidad de cooperación. Lo cierto, sin embargo, es que ninguna de esas fórmulas impide la gestión conjunta del servicio público²³. No es uno de los condicionantes legales, ni tampoco lo es en sentido material. El que los usuarios contribuyan a la financiación del servicio no es un factor impeditivo de la cooperación interadministrativa para la consecución de objetivos comunes en relación con el funcionamiento de servicios públicos. Es el caso, a título de ejemplo, de la gestión conjunta de la recogida de residuos urbanos, su tratamiento y su valorización, que es viable, sin perjuicio de que los usuarios contribuyan, vía tasas o tarifas, al pago de todo o parte del coste de los servicios, incluyendo, aportaciones para ampliaciones o mejoras de los servicios.

Es más, si la prestación conjunta es una modalidad de gestión de actividades públicas equivalente a la realizada con medios propios y a la gestión indirecta, es obligado admitir que, cuando se opta por ella, se puedan prestar servicios a los ciudadanos, de igual modo que exigirles el pago de prestaciones económicas –tarifas, tasas– por recibirlos, como en aquellas otras.

las Comunidades Autónomas que voluntariamente deseen participar. Ello permite concebir tanto a TRAGSA como a sus filiales como medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de los poderes adjudicadores dependientes de ellas, estando por tanto obligadas a realizar, con carácter exclusivo, todos los trabajos que éstos les encomienden, en las materias que constituyen sus objetos sociales. Sin embargo, no es esa la situación de los municipios, que no están representadas en el capital de TRAGSA. En este caso, la normativa prevé que esas entidades suscriban un convenio de colaboración con el Ministerio de Medio Ambiente o con la Comunidad Autónoma, en su caso, quien asume la obligación de realizar total o parcialmente la actividad de que se trate, a través de su encargo a TRAGSA o a cualquiera de sus filiales. Esta medida está recogida en el artículo 2 del Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se establece el régimen jurídico de TRAGSA y sus filiales; que diferencia: a) de una parte, Cabildos, Consejos Insulares y Diputaciones Forales, que participan de la naturaleza de «instituciones de una Comunidad Autónoma», por lo tanto pueden realizar encargos directos a TRAGSA por su condición de entidades «de la Comunidad Autónoma» (apartado 2.º); y, de otra, el resto de entidades locales, que cuenta con la posibilidad de suscribir el correspondiente convenio de colaboración con la Administración General del Estado o las comunidades autónomas, especificando el interés público común que justifique la suscripción del convenio, las actuaciones a desarrollar y la aportación de cada una de las partes. Será la Administración estatal o la Comunidad Autónoma quien comunique a TRAGSA y a sus filiales la suscripción de estos convenios y le encomiende las actuaciones necesarias para la ejecución de lo dispuesto en los mismos, en su condición de medios propios instrumentales (apartado 4.º). Este régimen se mantiene, en términos análogos, en el proyecto de ley de contratos del sector público (DA 25.ª). En general, sobre el régimen jurídico de esta empresa pública: AMOEDO SOUTO (2004).

²³ En contra se ha dicho que, de admitirse esta posibilidad, se derivaría la atención de la persecución de los objetivos de interés público que es la finalidad que justifica el convenio interadministrativo (BERNAL BLAY, 2015, 372).

2.5. Un condicionante negativo: que no se limite a una tarea a cambio de un precio

Como es recurrente en el Derecho Europeo, tanto más cuando se trata de admitir una excepción a una norma que persigue los objetivos de la libre circulación de servicios y la apertura de los mercados de obras, suministros y servicios a la competencia, el entendimiento y la aplicación de los requisitos legales debe realizarse con vocación de asegurar la máxima eficacia de la norma y, por tanto, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurran en cada convenio en particular.

Es irrelevante, por ello, la denominación, también lo es la mera apelación a lo dispuesto en la Directiva, si, del análisis de lo acordado, de sus cláusulas y de los compromisos asumidos por las partes, lo que resulta es que, en realidad, tras ese contrato o convenio para la gestión conjunta de servicios, lo que existe es un contrato público sin más, en el que una Administración provee a otra de obras, suministros o servicios, actuando como un operador económico. Es imprescindible que la ejecución de lo acordado por las Administraciones públicas vaya más allá de una tarea a cambio de una remuneración. Este intercambio puede producirse, pero el mismo debe traer causa de una relación de cooperación dirigida a la realización de una misión de servicio público común, y así debe resultar del conjunto de las cláusulas pactadas.

3. LA REGULACIÓN EN ESPAÑA: LA CALIFICACIÓN COMO «CONVENIO» Y SUS CONSECUENCIAS

Tradicionalmente, la legislación española de contratos califica los acuerdos de cooperación entre Administraciones de: «convenios de colaboración», declarando, además, cuando concurran determinadas condiciones, su condición de negocio jurídico excluido de esa regulación²⁴. El texto del proyecto de ley de contratos del sector público para la trasposición de las Directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE²⁵, mantiene la denominación de «convenio» y reproduce la regulación comunitaria de los contratos de prestación conjunta de servicios públicos (artículos 6.1 y 31.b del citado proyecto). En concreto, el proyecto de ley dice lo siguiente:

«Artículo 6. Convenios y encomiendas de gestión.

1. **Quedan excluidos** del ámbito de la presente Ley **los convenios** que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las mutuas colaboradoras con 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, **siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.**

La exclusión requerirá, en la medida en que las entidades participantes en el convenio tengan el carácter de poderes adjudicadores, que el convenio desarrolle una cooperación entre aquellas con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común; que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público; y que las citadas entidades realicen en el mercado abierto menos del 20 por ciento de las actividades objeto de la colaboración. Para determinar el porcentaje de actividades, se aplicarán las reglas contenidas en la letra b) del apartado 2 del artículo 32.

A efectos del cumplimiento del requisito establecido en el párrafo anterior sobre la realización en el mercado abierto de menos del 20 por ciento de las actividades objeto de la colaboración, las entidades pertenecientes al Sector Público participantes en el convenio, en la medida en que tengan el carácter de poderes adjudicadores, efectuarán una declaración responsable que formará parte de la documentación del convenio a suscribir».

²⁴ En este sentido, el artículo 3.1.c Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 (tanto en su redacción original de 2000, como en la modificada por el R. D.-Ley 5/2005 en cumplimiento de la STJUE de 13 de enero de 2005, C-84/03), como el artículo 4.1.c del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

²⁵ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, serie A, 2-1, de 2 de diciembre de 2016.

Los convenios entre Administraciones públicas –ya sin el adjetivo «de colaboración»– quedan excluidos del ámbito de esa norma cuando: «su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales». El anteproyecto de ley se refería a: «su contenido y causa», pero la alusión a la «causa» fue eliminada en atención a los reparos expresados por el Consejo de Estado²⁶. En consecuencia, de acuerdo con el tenor literal del precepto, esos convenios se excluyen cuando su contenido se corresponde con el propio de un contrato administrativo o un contrato público. La cuestión es: ¿qué significa «contenido»? ¿Es igual al objeto o prestaciones del contrato? De ser así, cualquier convenio interadministrativo, como los contratos de prestación conjunta de servicios, quedarían sujetos a la legislación de contratación pública porque, como queda explicado, nada impide que puedan incluir prestaciones propias de un contrato público. Es preciso otro entendimiento para evitar el absurdo de que los contratos de gestión conjunta deban ser objeto de licitación pública en contra de su naturaleza de instrumento de cooperación entre Administraciones.

El debate no es nuevo. Ya se planteó con la exclusión formulada por el Texto Refundido de las Administraciones Públicas de 2000: «siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato...» (artículo 3.1.c) y, luego, por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, recogido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011: «salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a la presente Ley» (artículo 4.1.c). Así que los criterios sucesivamente utilizados por el legislador español son: por su objeto, por su naturaleza y por su contenido. Salvo la alusión a «su naturaleza», esas expresiones, interpretadas en su sentido literal, llevan a la situación planteada: cualquier convenio de colaboración o cooperación que contenga prestaciones propias de un contrato público queda sujeto a la legislación de contratación pública, en contra de lo que prevé la Directiva 2014/24/UE. Ciertamente este entendimiento restringe enormemente la posibilidad de que, mediante la apelación a la condición de convenio, se eluda la normativa sobre contratos²⁷, pero no lo es menos que la prevención de ese riesgo priva a las Administraciones públicas de una herramienta para la atención de los intereses públicos que tienen encomendados, que admite el ordenamiento europeo. ¿Qué hacer entonces?

Es jurisprudencia reiterada que el criterio de interpretación de las normas sobre contratación pública es el propio Derecho Europeo, de modo que el sentido y el alcance de la exclusión de los convenios entre Administraciones públicas debe acomodarse a los principios y las reglas de ese ordenamiento. Siendo así, esa exclusión debe formularse en atención a la causa de los convenios, a la concurrencia o no de los requisitos establecidos por la Directiva –que el párrafo segundo del artículo 6.1 del proyecto de ley reproduce–, sin que, por simple que pueda resultar, sea razonable apelar al contenido o al objeto de esos convenios, cuando los mismos pueden incorporar la adquisición de obras, la entrega de suministros o la prestación de servicios, encontrándose la diferencia en la finalidad de cooperar para la consecución de una misión de servicio público común, sin que la contribución de cada parte deba ser equivalente a las restantes²⁸.

Establecido que los contratos de gestión conjunta de servicios públicos quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contratos públicos se suscita otro interrogante: ¿qué régimen jurídico les es de aplicación? Es posible contestar que la reguladora de los convenios, esto es, los artículos 47 a 53 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público²⁹. Pero lo cierto es que esa Ley se opone a esa respuesta, en cuanto dispone que: «Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público» (artículo 47.1, tercer párrafo). ¿Qué norma aplicar entonces?

Como se repite en la legislación de contratos, los contratos y negocios excluidos se rigen por sus normas especiales, aplicándose los principios de la Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse (artículo 4 del proyecto de ley, que reitera lo dicho en el artículo 3.2 del TRLCAP 2000 y en el artículo 4.2 del TRLCSP 2011). En consecuencia, los contratos de prestación conjunta de servicios públicos se rigen por las leyes especiales que les sean de aplicación, lo cual, de ordinario, llevará hacia las leyes sectoriales, aquellas en las que se encuentran los objetivos y los fines comunes que justifican la cooperación. Es el caso, en cuanto a los servicios tomados como ejemplo, de la legislación de residuos, de transportes o de suministro de agua.

²⁶ Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo, del Consejo de Estado (en particular, págs. 59-64).

²⁷ Este entendimiento restrictivo, por todos, GIMENO FELIU (2000): 46-52.

²⁸ En este sentido, las precisas explicaciones formuladas por SANTIAGO IGLESIAS (2015): 24-31; también, PASCUAL GARCÍA (2016): 167-170; y VILALTA REIXACH (2016): 103-111.

²⁹ Sobre la regulación de los convenios en la Ley 40/2015, por todos, GONSÁLBEB PEQUEÑO (2016), PASCUAL GARCÍA (2016) y, TOSCANO GIL (2017).

¿Y la normativa sobre convenios? Como queda transcrito, literalmente, la regulación de los convenios resulta inaplicable. No obstante, es posible reinterpretar el alcance de esa exclusión de acuerdo con el criterio en que se sustenta el derecho europeo de modo que, aun teniendo prestaciones de contratos, esos convenios y acuerdos se regulen por esa normativa. Por otra parte, sobre todo en aquellos casos en que no exista legislación sectorial, también cabe acudir a las previsiones de la Ley de régimen jurídico del sector público por analogía, en la medida que el legislador español opta por calificar esta clase de contratos de cooperación como convenios. Ahora bien, en uno y otro caso, la aplicación de las normas reguladoras de los convenios debe realizarse sin menoscabo de las singularidades propias de cada uno de esos contratos/convenios, a las que deben acomodarse las previsiones legales³⁰.

4. LA NORMALIZACIÓN DE UNA FORMA CLÁSICA DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

La Directiva 2014/24/UE lo que aporta –mejor, lo que aclara– es la viabilidad de que los servicios públicos puedan ser prestados de forma conjunta entre varias administraciones y organismos públicos mediante contrato; acuerdo interadministrativo que, cumplidos los condicionantes impuestos por el artículo 12.4 de la misma, queda excluido de las previsiones de esa disposición comunitaria. Como queda explicado, la exclusión no viene determinada por el contenido prestacional de esos acuerdos, que, de ordinario, incorporarán las propias de los contratos de obras, suministros y servicios, sino por la voluntad de cooperar en la consecución de objetivos comunes, guiados por criterios de interés público. En este sentido, la correcta transposición de esta previsión requiere atender, única y exclusivamente, a esos condicionantes, y no al objeto o al contenido³¹.

Por otra parte, con esta regulación se afirma el principio de libertad de elección del modo de gestión, e, igualmente, queda de manifiesto la inexistencia de preferencia de una forma de gestión –en particular, la indirecta– frente a las otras –las modalidades directas–. Pero, lo más importante, es que se da carta de naturaleza, en rigor se normaliza a través de su regulación expresa, a una forma tradicional de prestación de servicios, como es la colaboración o cooperación entre varias autoridades, administraciones u organismos públicos. En fin, la respuesta a la pregunta que quedó planteada al iniciar estas líneas es afirmativa: sí que se puede prestar un servicio público local en colaboración con otras Administraciones públicas mediante un contrato de gestión conjunta de servicios públicos, excluido de la normativa sobre contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA

- AMOEDO SOUTO, Carlos (2004): *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo*, Barcelona, Atelier, 258 págs.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel (2011): “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la perspectiva del Derecho de los contratos públicos”, en GIMENO FELIU, José María, *La organización local. Nuevos modelos*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, págs. 361-376.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco (2015): “La nueva Directiva de Concesiones. Un largo viaje con final esperado”, en *Las nuevas Directivas de Contratación Pública, Actas X Congreso Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 169-237.
- GALLEGO CÁRCOLES, Isabel (2015): “¿Convenio o contrato? La cooperación institucional en la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Práctica Contratación Administrativa*, núm. 135, págs. 1-6.
- (2017): “Los encargos a medios y servicios técnicos en la LRJSP”, *Revista Práctica Contratación Administrativa*, núm. 147, págs. 18-26.
- GIMENO FELIU, José María (2010): “El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 22, págs. 43-82.
- (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 237 págs.

³⁰ Otra alternativa para aplicar esa regulación sería entender que, tratándose de una nueva modalidad de convenio, amparada por norma posterior especial, los convenios de prestación conjunta de servicios públicos se sujetan a esa normativa general, en defecto de régimen jurídico propio, sin que la exclusión de aquellos que tienen prestaciones propias de contratos les afecte.

³¹ En este sentido, la correspondencia del artículo 6.1 del proyecto de ley de contratos del sector público con lo dispuesto por el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24/UE pasa por eliminar la expresión: «siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

- GONSALBEZ PEQUEÑO, Humberto (2016): “Los convenios administrativos”, en LÓPEZ MENUDO, Francisco (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y en el régimen jurídico del sector público*, Universidad de Sevilla, págs. 265-305.
- GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés (2010): *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*, Madrid, Iustel, 263 págs.
- LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía (2017): “Formas de gestión de los servicios públicos locales”, en VELASCO CABALLERO, Francisco (dir): *Tratado de derecho económico local*, Madrid, Marcial Pons, págs. 105-152.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio (2016): “Los contratos internos o contratos in house providing. La utilización de medios propios por la Administración para la realización de sus obras, servicios y suministros, en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco, *El impacto de la crisis en la contratación pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 55-72.
- PASCUAL GARCÍA, José (2010): *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 228 págs.
- (2016): “La regulación de los convenios administrativos en la ley de régimen jurídico del sector público”, *Revista Española de Control Externo*, vol. 18, núm. 54, págs. 157-186.
- PERNÁS GARCÍA, Juan José (2008): *Las operaciones in house y el Derecho Comunitario de contratos públicos*, Madrid, Iustel, 195 págs.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M.^a (1997): *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Madrid, Marcial Pons, 434 págs.
- SANTIAGO IGLESIAS, Diana (2015): “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector públicos: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de Contratación al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 37 págs.
- TOSCANO GIL, Francisco (2017): “La nueva regulación de los convenios administrativos en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 45, 49 págs.
- VILALTA REIXACH, Marc (2014): *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 448 págs.
- (2016): “Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, núm. 15. DOI: 10.18601/21452946.n15.06.
- VILLAR ROJAS, Francisco (2016): “Principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en la gestión de los servicios públicos locales”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, págs. 96-106.