



Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos¹

Agreements between entities within the public sector and public procurement rules

Alejandro Huergo Lora
Universidad de Oviedo
ahuergo@uniovi.es

RESUMEN

El trabajo examina el encaje de los convenios interadministrativos en la legislación europea y española de contratos públicos. Se ha pasado de declararlos exentos de los trámites de licitación a considerar que no pueden celebrarse sobre prestaciones propias de un contrato. En realidad, el Derecho comunitario admite estos convenios siempre que cumplan determinados requisitos, incluso si su objeto es una prestación propia de un contrato. El Derecho español les impone, por tanto, exigencias excesivas. Por otro lado, se estudian en el trabajo los requisitos exigidos por el Derecho comunitario, para ver si los convenios están sometidos a exigencias más duras que los encargos a medios propios, y si ello está justificado. Los entes públicos pueden utilizar sus propios recursos propios para atender sus necesidades, sin estar obligados a adjudicar un contrato. Y por «recursos propios» deben entenderse también los de sus entes instrumentales o los de otros entes públicos, para evitar que salgan perjudicados los países más descentralizados frente a aquellos en los que toda colaboración en el seno del sector público es un fenómeno interno, equiparable a los encargos a medios propios.

PALABRAS CLAVE:

Contratos públicos; convenios de colaboración; directivas de contratación pública.

ABSTRACT

This paper examines how European and Spanish public procurement rules tackle agreements between entities within the public sector. In Spain these agreements were initially above those rules, but now they cannot have the same object as a contract. Spanish law is not in line with European law, since under European law agreements are valid even if their object could be attained with a contract, provided that they meet some requirements. On the other hand, attention is paid to these requisites, laid down by European law, in order to ascertain if agreements are asked to comply with harder rules than «in house providing», and if it has to be so. Public entities are not obliged to «buy» if they can fulfill their needs with their own resources. And «their own resources» include the resources of entities or bodies closely related, or even any entity within the public sector. Otherwise decentralized States, in which there are many autonomous entities whose cooperation involves agreements between independent bodies, would be impaired.

KEYWORDS

Agreements between entities within the public sector; In house providing; Public procurement.

¹ El presente trabajo se enmarca en la actividad del Grupo de Investigación «Derecho Administrativo» de la Universidad de Oviedo, y en los proyectos de investigación FC-15-GRUPIN14-039, financiado por el Principado de Asturias (Consejería de Economía y Empleo), y DER2014-59595-P, del Ministerio de Economía y Competitividad.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA INJUSTIFICADA EXIGENCIA DE QUE EL OBJETO DEL CONVENIO NO SE CORRESPONDA CON EL DE UN CONTRATO. 1. EL ORIGEN: LA PREFERENCIA DEL CONVENIO DE COLABORACIÓN SOBRE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS. 2. LA RECTIFICACIÓN PROVOCADA POR EL TJ EN 2005. 3. LA ASUNCIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJ EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA: PREFERENCIA DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATOS SOBRE LA FIGURA DEL CONVENIO. 4. LA ADMISIÓN POR EL TJ Y POR LA DIRECTIVA 2014/24 DE CONVENIOS DE COLABORACIÓN CUYO OBJETO SÍ SE CORRESPONDE CON EL DE CONTRATOS REGULADOS POR EL DERECHO COMUNITARIO. 5. LA NECESIDAD DE CORREGIR LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y TAMBIÉN LA LEY 40/2015, DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO. III. ¿HASTA DÓNDE PUEDE LLEGAR LA COOPERACIÓN HORIZONTAL? 1. PLANTEAMIENTO: CONVENIOS CUYO OBJETO SÍ SE CORRESPONDE CON EL DE UN CONTRATO Y QUE SIN EMBARGO PUEDEN CELEBRARSE SIN LICITACIÓN. 2. UNA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS NO RESUELVE EL PROBLEMA. 3. CONVENIOS DE COLABORACIÓN CUYO OBJETO SE CORRESPONDE CON EL DE UN CONTRATO. 4. EL FUNDAMENTO DE LA LEGITIMIDAD DE LOS CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS AUNQUE SU OBJETO SEA COINCIDENTE CON EL DE LOS CONTRATOS TÍPICOS. 5. LOS LÍMITES DE LA ADMISIÓN DE LA COOPERACIÓN HORIZONTAL. EL CASO DE LOS CONTRATOS DE INTERCAMBIO. a) Los requisitos de admisión de los convenios. b) Las dudas de la jurisprudencia. c) Cambios introducidos por la Directiva. d) La equiparación con los encargos a medios propios y sus dificultades. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Los convenios de colaboración entre Administraciones Públicas constituyen un instrumento imprescindible, especialmente en un Estado descentralizado integrado por entes dotados de personalidad jurídica y no ordenados jerárquicamente entre sí, que sólo pueden cooperar a través de acuerdos.

Desde hace más de una década se plantean dudas respecto al encaje de estos convenios en la legislación de contratos públicos. Dos entes públicos, ¿sólo pueden celebrar un convenio si éste es la única forma de conseguir el resultado previsto, es decir, si no se puede satisfacer esa necesidad pública por medio de un contrato con un empresario privado, adjudicado mediante licitación? ¿O bien la Administración puede optar libremente por satisfacer alguna de sus necesidades dentro del sector público, aunque con ello prive a empresas privadas de la expectativa de obtener ese encargo, al que habrían podido aspirar si se hubiera licitado un contrato? No olvidemos que hablar de «contrato» supone, en principio, una licitación pública, mientras que en el convenio las partes (públicas) se eligen mutuamente².

Como veremos, en España se ha pasado de un extremo al otro. Inicialmente, los convenios estaban exentos de la legislación de contratos, en el sentido de que cuando se celebraba un convenio no se aplicaba la normativa contractual. La Administración podía celebrar convenios aunque ello trajera como resultado (querido o no) evitar la licitación de un contrato, al que se habría tenido que recurrir, en ausencia de convenio, para satisfacer la necesidad de que se trate.

A raíz de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ) de 2005, dictada precisamente en un proceso por incumplimiento iniciado por la Comisión contra España, se ha pasado al extremo opuesto, de forma que el convenio sólo tiene cabida allí donde no es posible obtener esa prestación a través de un contrato³. Así lo recogen actualmente tanto la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (art.

² Lo explicaba magistralmente el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (2004: 106): «Se comprende que las reglas de la concurrencia, principio básico de la LCAP, como ya sabemos, no tengan aquí posibilidad alguna de aplicación, por tratarse siempre de convenios *intuitu personae*». RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997: 358) también menciona, entre las normas de la legislación de contratos públicos que no se aplican a los convenios interadministrativos, al «procedimiento de adjudicación de los contratos –subastas, concursos, procedimiento abierto o restringido, etc.–», añadiendo la significativa previsión de que «las exigencias del principio de colaboración y de lealtad institucional impedirían que una Administración discriminara entre sus potenciales contrapartes en un convenio interadministrativo sin un fundamento objetivo y razonable». Un ejemplo de aplicación de esta idea lo tenemos en el artículo 6.4 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

³ Esta es la posición prácticamente unánime en la doctrina (como no puede ser de otro modo a la vista de las normas aplicables, que veremos a continuación). Por ejemplo, PASCUAL GARCÍA (2012: 29): «es condición indispensable que [la] prestación quede fuera del mercado». El problema no es tanto el régimen normativo aplicable al convenio [BUSTILLO BOLADO (2017: 1061-1062)], como la posibilidad de celebrarlo, porque su eventual sometimiento a la legislación de contratos obliga a tramitar una licitación, impidiendo el convenio entendido como acuerdo entre dos entes públicos que se han elegido mutuamente. En contra, con referencia a la colaboración

47.1, párrafo 3.º), como la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), en su artículo 6.

Paradójicamente, con ello no se respeta la jurisprudencia del TJ ni la Directiva 2014/24. La sentencia de 2005 causó inquietud en muchos Estados miembros, en especial en aquellos que, como Alemania, están abocados a la utilización frecuente de convenios como consecuencia de su estructura federal (es decir, una estructura compuesta o descentralizada, integrada por entes dotados de personalidad jurídica propia y de autonomía real). Ello dio lugar a una evolución en la propia jurisprudencia del TJ que culmina con el reconocimiento de que el convenio de colaboración (la llamada cooperación horizontal), siempre que cumpla determinados requisitos, no constituye un contrato y, por tanto, no está sujeto a las Directivas. Esa doctrina aparece en 2009, se consolida en los años siguientes y es recogida en incluso ampliada en la Directiva 2014/24.

Se trata de un desarrollo paralelo al de la figura de los «medios propios» («cooperación vertical»), aunque más tardío. Del mismo modo que la técnica de los encargos a «medios propios», en todas sus variantes, se puede utilizar incluso cuando la prestación objeto del encargo podría constituir igualmente el objeto de un contrato (es decir, cuando el encargo a un medio propio permite prescindir de la licitación pública de un contrato, a la que habría sido necesario recurrir en otro caso), la figura del convenio de colaboración o «cooperación horizontal» también es admisible –siempre que se cumplan sus requisitos, claro está– allí donde la prestación objeto del convenio podría obtenerse mediante un contrato y donde, en consecuencia, el convenio permite prescindir de un contrato público o sustituirlo. De no ser así, es decir, si el convenio no tuviera nada que ver con los contratos públicos, no se plantearía ningún problema en relación con las Directivas y el TJ no habría tenido que pronunciarse.

Por no tener esto en cuenta, en nuestra legislación hemos llegado al absurdo de aplicar cumulativamente dos exigencias que son incompatibles entre sí. Así, por un lado se dispone que el convenio no es admisible cuando se refiera a prestaciones que puedan obtenerse a través de contratos (puesto que en ese caso deberá acudir precisamente a la figura del contrato, con la consiguiente licitación pública). Y, por otro lado, se exigen (artículo 6 de la LCSP) los requisitos que la Directiva (y, antes, la jurisprudencia del TJ) impone a estos convenios, *olvidando que estos requisitos surgen precisamente para establecer en qué casos es posible acudir al convenio aunque tenga por objeto prestaciones propias de un contrato*. Por lo tanto, veremos que es necesario reformar, o al menos reinterpretar, la nueva Ley de Contratos del Sector Público, y posiblemente también la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

En realidad, la idea de que sólo se pueden celebrar convenios de colaboración cuando no exista la posibilidad de obtener el mismo resultado mediante un contrato, supone otorgar carta de naturaleza al viejo principio del «contratista interpuesto», que no tiene reconocimiento jurídico alguno en nuestro ordenamiento jurídico (habiendo sido incluso expresamente rechazado por el TJ). Del mismo modo que se admiten los encargos a medios propios (que suponen un repudio del principio del «contratista interpuesto»), debe admitirse, y por la misma razón, el convenio interadministrativo. Lo contrario supone, no sólo admitir ese principio del «contratista interpuesto», sino discriminar a los Estados compuestos en favor de los unitarios, puesto que en éstos es posible hacer encargos a unidades del sector público mediante instrumentos internos (justamente los encargos a medios propios), mientras que en los primeros es necesario utilizar el convenio debido a la independencia jurídica de los distintos entes públicos interesados.

Por último perfilaremos los requisitos de los convenios, tal como fueron creados por la jurisprudencia del TJ, recogidos después por la Directiva 2014/24 y plasmados actualmente en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

En el resto del trabajo se habla indistintamente de «convenios entre entes públicos» y de «convenios de colaboración», por razones de comodidad, pero entendiendo siempre que se hace referencia a acuerdos interadministrativos, *nunca con particulares*, que plantean, obviamente, una problemática muy diferente⁴.

entre Administraciones para la prestación conjunta de servicios públicos, VILLAR ROJAS (2017:5), que subraya cómo el TJ sí admite la colaboración entre poderes adjudicadores incluso cuando el objeto coincide con el de un contrato típico.

⁴ Así, la conocida «Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas», aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de noviembre de 2010 y publicada en el BOE de 15 de marzo de 2013, que habla reiteradamente del peligro de elusión de la legislación de contratos («Bajo la apariencia formal de convenios de colaboración se han tramitado auténticos contratos administrativos, eludiéndose así la aplicación de la legislación contractual»), se refiere en este punto a los convenios con particulares, por lo que no tiene conexión con lo que se estudia en este artículo. Por lo que respecta a los convenios con particulares y su relación con la legislación de contratos, son muy interesantes las consideraciones de la sentencia de la AP de Baleares sobre el «caso Noos» (ECLI: ES:APIB:2017:40, págs. 242-245 del texto en la versión publicada por el CENDOJ).

II. LA INJUSTIFICADA EXIGENCIA DE QUE EL OBJETO DEL CONVENIO NO SE CORRESPONDA CON EL DE UN CONTRATO.

1. El origen: la preferencia del convenio de colaboración sobre la legislación de contratos públicos

La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, disponía en su artículo 3.1 («negocios y contratos y excluidos») que quedarían «fuera del ámbito de la presente ley» «[l]os 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» [apartado c)]⁵. El texto procede, con ligeras variantes, del artículo 2, apartado 4, de la Ley de Contratos del Estado, a partir de su reforma por la Ley 5/1973, de 18 de marzo⁶.

Lo que quiere decir esta norma, en su sentido más llano, es que los convenios de colaboración (lo mismo que las demás figuras, vagamente contractuales o al menos basadas en acuerdos de voluntades, que se enumeran en los demás apartados del precepto) no están sometidos a la legislación de contratos públicos, sino –preferentemente– a sus normas propias. En el caso de los convenios de colaboración la norma tiene más consecuencias (no se trata de un problema de fuentes normativas), puesto que permite a la Administración, a la hora de conseguir un determinado resultado (una determinada prestación), optar entre un contrato (que supone aplicar la normativa de contratación pública y, por tanto, una licitación) y un convenio con otro ente público. El hecho de que una prestación pueda ser objeto de un contrato (es decir, que se pueda obtener a través de un encargo a un empresario privado) no impide, de acuerdo con esta norma, que pueda obtenerse de forma alternativa mediante un convenio interadministrativo en el que la contraparte –siempre pública– es elegida sin licitación.

Puede decirse, por tanto, que bajo esta normativa los convenios tienen preferencia sobre la legislación de contratos públicos porque ésta sólo se aplica allí donde la Administración ha decidido utilizar un contrato y no un convenio⁷.

En todo caso, hay que decir que esa idea de «sustitución» del contrato por un convenio, del convenio como «alternativa» al contrato, debe ser matizada, porque, aunque es cierto que mediante el convenio la Administración puede obtener el bien o servicio que necesita, sin encargárselo a un empresario privado, normalmente el ente público que provee, mediante convenio, el bien o el servicio, sí necesitará múltiples contratos para asegurar su propio funcionamiento, de modo que no se trata de una alternativa global entre contrato y convenio, sino entre un tipo de contrato que permite obtener la prestación completa y otro tipo de contratos mediante los que el ente que provee la prestación, y que lo hace a través de un convenio, consigue los bienes y servicios que necesita para su propio funcionamiento. Por decirlo con un ejemplo práctico, quien decide celebrar un cumpleaños en su casa y no en un restaurante también va a celebrar contratos, aunque no serán para la prestación del servicio de comida en un restaurante, sino para comprar los productos, consumir la energía necesaria para su preparación, etc.⁸.

⁵ Un análisis detallado de los antecedentes normativos en S. MUÑOZ MACHADO (2015: 46) y J. PASCUAL GARCÍA (2012: 23-26).

⁶ Ésta exceptuaba, concretamente, a «[l]os convenios de cooperación que celebre la Administración con las Corporaciones Locales u otros entes de derecho público». Lógicamente no podía hablar de las comunidades autónomas.

⁷ Puede mencionarse como representativa de la interpretación del precepto, la frase ya citada del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA (2004: 106): «Se comprende que las reglas de la concurrencia, principio básico de la LCAP, como ya sabemos, no tengan aquí posibilidad alguna de aplicación, por tratarse siempre de convenios *intuitu personae*». La excepción se limita a los convenios entre Administraciones, no a los que incluyan a entes instrumentales de Derecho privado (REBOLLO PUIG, 2003: 383): «no merecen el mismo tratamiento todos los entes institucionales. Para lo que ahora nos ocupa, la distinción entre los sometidos a Derecho público y los sometidos a Derecho privado es relevante. Las supuestas objeciones sólo afectarían a los segundos. Basta para comprenderlo recordar que la LCAP excluye de su ámbito todos los convenios de colaboración entre entidades públicas, pero no los que realicen éstas con personas sujetas a derecho privado si tales convenios tienen por el propio de los contratos regulados en la Ley [art. 3.1.c) y d) LCAP]».

Algún autor (ÁVILA ORIVE, 217) realizaba una interpretación del precepto a la vista, creo, de la jurisprudencia Teckal, para limitarlo a los convenios cuyo objeto no estuviera incluido en el de los contratos regulados por las Directivas, salvo que, en este último caso, se tratase de convenios formalizados por un poder adjudicador con entes instrumentales suyos, incluidos los de Derecho privado: «se puede concluir que, de acuerdo con el artículo 3.1.c) LCAP, estarán excluidos de esta Ley los convenios de colaboración que celebren las entidades públicas, teniendo por incluidas en ellas además de las que expresamente se citan, las Entidades de Derecho público, fundaciones y sociedades mercantiles públicas. Para que tales convenios queden excluidos su objeto no podrá versar sobre actividades de mercado, salvo que el acuerdo o convenio se celebre entre entidades unidas por una relación de instrumentalidad».

⁸ En todo caso, no me estoy refiriendo a un supuesto patológico, que hace años se estudió a propósito de las sociedades instrumentales creadas para la contratación de obras públicas, como es la celebración de un convenio con un ente instrumental de Derecho privado para que sea éste el que contrate con terceros la obra, el suministro o el servicio, es decir, la utilización de un ente del sector

2. La rectificación provocada por el TJ en 2005

La sentencia del TJ (Sala Segunda) de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03) no fue la primera que, estimando un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión, declaró que España no había traspuesto correctamente las directivas de contratación pública. Casi todos esos casos de incorrecta trasposición tenían en común el hecho de que se dejaba fuera del ámbito de aplicación de la legislación española de contratos (teóricamente dirigida a la transposición de aquéllas) determinados supuestos que sí estaban incluidos en el de las Directivas. Pero fue ésta la sentencia que afectó al encaje de los convenios interadministrativos en la legislación de contratos.

Su fallo establece que uno de esos incumplimientos se encontraba precisamente en el precepto que se ha citado en el epígrafe anterior, «*al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido [recordemos que en 2005 ya estaba vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que había derogado a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas] y, en concreto, 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*».

Sin duda la argumentación del TJ, contenida en los párrafos 37-40 de la sentencia, podía llevar a entender que todo acuerdo celebrado entre un poder adjudicador y «una persona jurídicamente distinta de éste» (párrafo 38), que tuviera por objeto una prestación propia de un contrato de obras, suministros o servicios, constituye un contrato público y sólo puede adjudicarse a través de los procedimientos de licitación regulados en la legislación de contratos públicos. La sentencia (párrafo 38) dice expresamente que la única excepción es «el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (sentencia Teckal, antes citada, apartado 50)», en lo que constituye una referencia inequívoca a la figura de los encargos a medios propios en el estado de desarrollo en que en aquel momento se encontraba⁹.

Se puede comprender fácilmente la inquietud que esta sentencia causó en países como Alemania, en los que la cooperación entre entes públicos (necesariamente articulada a través de convenios) es constante y sirve para satisfacer por esa vía –es decir, mediante la colaboración entre entes públicos– necesidades que también podrían cubrirse mediante encargos a empresarios privados, pero que las Administraciones prefieren atender cooperando entre ellas¹⁰.

Si los entes públicos que quieren celebrar un convenio se ven obligados a construir la figura como un contrato sometido a las Directivas, que tiene que ser licitado públicamente por uno de ellos y en el que el

público como mera pantalla con la finalidad –entre otras– de cambiar el régimen jurídico del contrato, frente al que sería de aplicación si el contrato lo adjudicara directamente la Administración. Un tema estudiado, con especial referencia a los convenios de colaboración que hacen posible la operación, por CARBONELL PORRAS (2003). A mi modo de ver, este tipo de convenios, que no suelen plantear los problemas estudiados en este trabajo porque se celebran normalmente por una Administración con un ente instrumental suyo, muestran dos cosas: a) la figura del contrato administrativo es hoy un privilegio no demasiado valorado por las Administraciones, al que renuncian sin demasiadas dudas en estos casos (no olvidemos que el contrato adjudicado por ese ente instrumental suele ser un contrato SARA, de modo que sigue estando sometido a las mismas reglas de licitación, pero no es un contrato administrativo), y b) normalmente, lo que lleva a las Administraciones (¿las llevaba?) a la búsqueda de este tipo de fórmulas es más un propósito financiero (evitar que la inversión «consolide» en sus presupuestos) que la elusión de la legislación de contratos, que normalmente sólo afecta a la naturaleza del contrato (que de administrativo pasa a privado) y no al procedimiento de selección del contratista.

⁹ Paradójicamente, y como muestra de que la realidad es más compleja de lo que parece, hay algún informe anterior de la JCCA (como el número 42/99, de 12 de noviembre de 1999), que, yendo incluso más allá de la doctrina del TJ, se rechaza que un Ayuntamiento pueda celebrar con una sociedad mercantil de capital íntegro municipal un convenio para la realización de proyectos técnicos porque dicha materia «constituye objeto típico de los contratos de consultoría y asistencia». Un encargo de esa naturaleza cumpliría los requisitos de la jurisprudencia Teckal y podría ser adjudicado a la sociedad municipal sin licitación, como encargo a medio propio (siempre que se cumplan las demás exigencias, por supuesto, empezando por que esa sociedad dedique el 80% de su actividad a la Administración matriz).

¹⁰ De hecho, la edición número 67 del Congreso anual de juristas (Deutscher Juristentag), celebrada en 2008, aprobó como una de sus conclusiones la petición de que la cooperación interadministrativa no estuviera sometida al Derecho de contratos. A nivel comunitario, no mucho después de la sentencia de 13 de enero de 2005 se aprueba la Resolución del PE sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de 26 de octubre de 2006 (2006/2043/INI), que se refiere a la cuestión en sus apartados 44-48. Como veremos, se queda significativamente por debajo de lo que finalmente admitirán el TJ y la Directiva 2014/24. También es preciso mencionar el Informe sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, de 10 de mayo de 2010 (2009/2175/INI), que suprime la exigencia de que la cooperación se refiera a un asunto municipal (apartados 9-11), y el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente [27 de enero de 2011, COM (2011) 15 final], pág. 24.

otro ente debe concurrir con sujetos privados, e imponerse a ellos, es obvio que el recurso al convenio se complica extraordinariamente¹¹.

Nótese que, a diferencia de lo que sucede con el artículo 3 de la vieja LCAP (o del TRLCAP), citado en el epígrafe anterior, que simplemente dice que el convenio no está sometido a la legislación de contratos, pero sin pronunciarse expresamente sobre cuestiones como el principio del «contratista interpuesto» o la opción entre convenio o contrato, la sentencia de 13 de enero de 2005 sí lo hace, puesto que viene a decir que todo convenio cuyo objeto sea el de un contrato de obras, suministros o servicios, constituye un contrato público cuya legalidad está condicionada, por tanto, al respeto de los procedimientos de licitación previstos en las directivas¹².

3. La asunción de la doctrina del TJ en la legislación española: preferencia de la legislación de contratos sobre la figura del convenio

A partir del año 2005, y hasta hoy mismo, el legislador español ha incorporado la doctrina contenida en esa sentencia, disponiendo que el convenio de colaboración sólo será válido cuando su objeto no se corresponda con el de ningún contrato regulado en la legislación de contratos públicos. Cuando su objeto sí se corresponda con el de uno de esos contratos (de modo que pueda afirmarse que el convenio sustituye a un contrato), no quedará otra alternativa que acudir al contrato y, por tanto, a una licitación pública.

Muy poco después de la sentencia, el Gobierno aprovechó 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», para introducir las correcciones que consideró exigidas por aquélla, entre ellas la modificación del artículo 3.1.c) del TRLCAP. Con esa modificación, los convenios entre entes públicos ya no quedaban excluidos en todo caso del ámbito de aplicación de la norma, sino únicamente cuando «la materia sobre la que verse [el convenio] 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». Dicho con terminología actual, los convenios de colaboración sólo serán admisibles cuando su objeto no se corresponda con el de un contrato sujeto a regulación armonizada. Cuando el convenio tenga el mismo objeto que uno de los tipos contractuales regulados en las Directivas y además supere el umbral previsto en las mismas, tendrá preferencia la legislación de contratos y será necesario tramitar el procedimiento de licitación, lo que excluye la posibilidad de celebrar un convenio «directo» (sin licitación) con otro ente público.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, amplió las exigencias impuestas a los convenios interadministrativos, puesto que quedarían sometidos a la legislación de contratos públicos, no sólo cuando su objeto se correspondiera con el de un contrato regulado por las Directivas (contrato sujeto a regulación armonizada), que sería lo estrictamente necesario para cumplir la sentencia de 13 de enero de 2005, sino también cuando su objeto se correspondiese con el de cualquier contrato. El artículo 4.1.c) (cuyo contenido sigue en vigor, porque se incorpora sin modificación alguna al Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) dice que los convenios estarán excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP «salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley». Esto supone incluir también los convenios cuyo objeto, aunque no se corresponda con el de un contrato de obras, suministros o servicios, pueda ser objeto de otro contrato (un contrato atípico), y por supuesto eliminar también la referencia al umbral de los contratos de obras, suministros o servicios establecido en las Directivas. El convenio es admisible, por tanto, en la medida en que no sea alternativo a un contrato, es decir, que no lo sustituya¹³⁻¹⁴.

¹¹ No quiere decir que sea imposible. REBOLLO PUIG (2003: 378) estudia la posibilidad de que «el ente institucional resulte contratista tras vencer en un procedimiento selectivo ordinario con publicidad y concurrencia».

¹² A la vista de la sentencia del TJ de 13 de enero de 2005, es claro que lo que está en juego no es qué normativa se aplica a estos convenios, sino si las Administraciones pueden celebrarlos libremente o deben convocar una licitación pública para adjudicar la prestación que constituye su objeto, a la que puedan presentarse terceros.

¹³ El planteamiento recuerda, en cierto modo, a la jurisprudencia social que considera fraudulento que becarios, voluntarios u otro personal carente de contrato laboral lleve a cabo tareas propias de los trabajadores, es decir, la utilización de esas figuras para sustituir a los trabajadores o como alternativa a los mismos.

¹⁴ GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2016: 275-278) viene a decir que el criterio de distinción por el objeto o por las prestaciones sólo sirve para los contratos típicos y para los contratos administrativos especiales «por declararlo así una Ley» [art. 19.1.b) TRLCSP], es decir, también contratos típicos pero regulados en normas especiales. Si el convenio tiene un objeto distinto, que pueda ser objeto de un

Aunque la alusión del artículo 4.1.c) a la «naturaleza» puede ser confusa y alguien podría entender que convenios y contratos tienen distinta «naturaleza» (aunque compartan objeto) por la relación de cooperación que existe entre las partes en la primera de estas dos figuras, parece claro que la norma de 2007 no quiso cambiar el sentido de la de 2005 y abrir ese debate conceptual, sino únicamente ampliar su ámbito. En este sentido, cabe citar el apartado siguiente del mismo artículo [4.1.d)], que, refiriéndose a los convenios con sujetos de Derecho privado, dice que sólo están exentos de la Ley de Contratos «siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales»¹⁵. En todo caso, la sentencia del TJ de 13 de enero de 2005 (asunto Comisión contra España), ya citada, rechaza claramente los intentos de apelar a la naturaleza jurídica para dejar fuera de las Directivas a los convenios de colaboración que tengan el mismo objeto que alguno de los contratos regulados por las Directivas¹⁶. Además, los antecedentes parlamentarios de la Ley de Contratos del Sector Público muestran que el Proyecto pretendía mantener el criterio de la LCAP modificada en 2005, es decir, someter a la legislación de contratos sólo los convenios interadministrativos *que se correspondieran, por su objeto y su cuantía, con contratos sujetos a regulación armonizada*, y lo único que hicieron las Cortes fueron incorporar una enmienda que pretendía, en aras del máximo sometimiento a los procedimientos de licitación, suprimir el requisito de la cuantía¹⁷. No se encuentra, por tanto, base para sostener que la Ley de 2007 quiso flexibilizar la norma aprobada en 2005, que pretendía, simplemente, que cuando los convenios interadministrativos tuvieran por objeto prestaciones propias de un contrato sometido a las Directivas, se sujetaran ellos mismos a la legislación de contratos, lo que excluye la posibilidad de celebración directa, sin licitación.

En todo caso, otras normas legislativas posteriores que también tienen que pronunciarse sobre el encaje de los convenios interadministrativos en la legislación de contratos públicos, interpretan el precepto [art. 4.1.c) del TRLCSP] entendiendo que el convenio interadministrativo directo sólo será admisible cuando su *objeto* no se corresponda con el de un contrato, es decir, cuando el convenio no sea alternativo a un contrato. Así, el ya citado artículo 47.1.3.º de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, dice que «[l]os 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»¹⁸. Hay que partir de la

contrato atípico, la distinción entre contrato y convenio se haría en función de la naturaleza jurídica, entendida como existencia o no de un «fin común» a las partes (en los convenios), frente a la contraposición de intereses típica de los contratos. Más adelante me referiré al criterio de la naturaleza jurídica, que en mi opinión no responde al sentido de la sentencia de 2005.

¹⁵ En el sentido de que las dos cláusulas [apartados c) y d)] del art. 4.1 del TRLCSP] deben interpretarse de modo coincidente, en el sentido de tal forma que ni los convenios con particulares ni los convenios interadministrativos pueden tener el mismo objeto de un contrato, PASCUAL GARCÍA (2012: 26). En cambio, algunos autores, conscientes de que el objeto de casi cualquier convenio podría serlo también de un contrato, de modo que, si el criterio de distinción es el objeto, no quedaría prácticamente espacio alguno para los convenios, pretenden colocar el criterio en la causa. Es el caso de SANTIAGO IGLESIAS (2015: 31): «se puede afirmar que el elemento determinante de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico es la causa y no el objeto. De acuerdo con esta interpretación, un negocio jurídico tendrá naturaleza convencional cuando, aun coincidiendo su objeto con el de alguno de los contratos regulados en el TRLCSP, las Administraciones públicas intervinientes lo celebren con la finalidad de coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común de interés público, mientras que el negocio jurídico de que se trate tendrá naturaleza contractual cuando con él se persiga, prevalentemente, el lucro de una de las partes». VILALTA (2016: 104), da a entender que la mención a la «naturaleza» permite «salvar» los convenios interadministrativos apelando a su naturaleza jurídica no contractual.

¹⁶ Todo indica que esta apelación a la naturaleza jurídica fue utilizada por el Gobierno español en el pleito que terminó con la sentencia de 13 de enero de 2005: «El Gobierno español destaca que la figura del convenio es la forma normal de relacionarse entre sí de las entidades de Derecho público. Alega que estas relaciones están al margen del mercado» (párrafo 36 de la sentencia).

¹⁷ Texto del Proyecto de Ley: «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 y cuantía, tengan la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada*». Cuando se habla de la naturaleza, se hace referencia al objeto. La redacción actual procede de una enmienda que tenía la siguiente motivación: «Limitar el alcance de la excepción, con el fin de evitar una huida del derecho de los contratos por la vía de un uso indebido de los convenios». El legislador de 2007 no pretendió dar cabida a convenios interadministrativos que, aunque tuvieran el mismo objeto que contratos sometidos a la Ley, tuvieran una naturaleza jurídica diferente.

¹⁸ Con todo, hay que recordar las palabras anteriormente citadas de GOSÁLBEZ. PIZARRO NEVADO (2016: 140) concluye: «la interpretación conjunta de ambos preceptos [la Ley 40/2015 y el TRLCSP] excluye la posibilidad de acudir al convenio cuando existan intereses patrimoniales». Con claridad en un sentido similar al del texto (tanto la Ley 40/2015 como el TRLCSP excluyen la celebración de convenios interadministrativos cuando su objeto esté constituido por prestaciones propias de los contratos, dejando a un lado consideraciones de naturaleza jurídica), M. HERNANDO RYDINGS (2016: 743): «Las dudas surgían a la hora de entender cómo se determinaba la existencia de la citada naturaleza contractual, ya que cabía hacerlo atendiendo exclusivamente al objeto del acuerdo, o bien, atendiendo a la causa del mismo. La LRJSP es tajante al respecto y excluye expresamente la posibilidad de que los convenios (interadministrativos o no) puedan tener por objeto prestaciones propias de los contratos. Si ese fuera el caso, deberán ajustarse en lo

Ley 40/2015 y el TRLCSP están coordinados, de modo que esos los convenios excluidos por la Ley 40/2015 en su artículo 47.1.3.º son justamente los que están incluidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP por no cumplir los requisitos que para su exclusión establece el artículo 4.1.c).

En cuanto a la nueva LCSP de 2017, la cuestión se regula en el artículo 6.1, cuya redacción ha sido modificada durante la tramitación en el Congreso, pero sin que el cambio afecte al fondo. Tanto en el Proyecto aprobado por el Gobierno como en el aprobado por el Congreso, lo primero que se exige para que un convenio quede excluido del ámbito de la Ley es que su «contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales». Si la mención a la «naturaleza» en la LCSP de 2007 permitía a algunos autores sostener que el convenio era «otra cosa» y que podía no estar sometido a la legislación de contratos públicos aunque tuviera el mismo objeto de un contrato, la norma que acaba de publicarse lo rechaza.

En la nueva LCSP, junto a este requisito de que el convenio no tenga el objeto de un contrato, se añaden otros, que son los establecidos por la jurisprudencia del TJ, pero a ello me referiré en el siguiente epígrafe¹⁹.

Por lo tanto, en el Derecho español hemos pasado de una situación inicial en la que cualquier convenio interadministrativo estaba exento de la legislación de contratos (de forma que la Administración podía sustituir sin límite alguno contratos por convenios), a la situación opuesta en la que el convenio sólo tiene cabida si no constituye alternativa al contrato, es decir, si no es posible obtener el mismo resultado con un contrato (con cualquier contrato).

4. La admisión por el TJ y por la Directiva 2014/24 de convenios de colaboración cuyo objeto sí se corresponde con el de contratos regulados por el Derecho comunitario

Pues bien, pese a lo que puede parecer (y a lo que dice el artículo 6.1 del Proyecto de Ley), el hecho de que un convenio de colaboración tenga por objeto una prestación que también podría obtenerse mediante un contrato, no necesariamente excluye que dicho convenio pueda celebrarse al margen de la legislación de contratos públicos. Dicho de otro modo: la mera circunstancia de que una empresa pueda afirmar que el convenio interadministrativo la perjudica porque, sin él, la Administración se vería obligada a acudir a un contrato a cuya licitación ella podría presentarse, no necesariamente excluye la celebración del convenio. Existen dos fórmulas, abiertas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, recogidas por la Directiva 2014/24 e incorporadas (aunque con desigual fortuna) por la LCSP de 2017, que permiten articular esa «colaboración preferente» (HUERGO LORA, 2001) de la Administración con otro ente público o con un ente instrumental de Derecho privado.

La primera vía son los encargos a medios propios, suficientemente conocidos porque ya aparecían en la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 [artículos 4.1.n) y 24.6]. Los encargos a medios propios tienen por objeto, precisamente, «prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, a cambio de una compensación tarifaria», tal como reconoce el artículo 32.1 de la nueva LCSP²⁰. La figura de los encargos a medios propios es muy útil a la hora de canalizar la

que respecta a su naturaleza y régimen jurídico a la legislación de contratos. De esta forma, como decimos, el objeto se convierte en el elemento diferenciador entre los convenios y los contratos públicos y no así la causa por la que las partes suscriben el correspondiente acuerdo».

¹⁹ Concretamente, el artículo 6.1, párrafo 2.º, dispone:

«Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20% de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades 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.

c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público».

²⁰ Como reconoce BERNAL BLAY (2011: 314), que explica la admisión de esta figura en el Derecho europeo «aun cuando el objeto de dichos acuerdos comprendiese prestaciones típicamente contractuales». En cambio, el mismo autor dice que las cosas son distintas cuando hablamos de convenios interadministrativos: «no se ciñen a un simple intercambio de prestaciones de servicios (en sentido amplio) a cambio de un precio, sino que se proyectan sobre ámbitos superiores» (320); «la cooperación interadministrativa

satisfacción de necesidades públicas a través del sector público, sin recurso a la contratación con empresas privadas. Su objeto es, como acabamos de ver, muy abierto (porque puede incluir prestaciones propias de cualquier tipo contractual), y los principales límites que le imponen las Directivas son: (1) evitar que sirva para otorgar ventaja en el mercado al medio propio (por eso se exige que el medio propio trabaje en un 80% para el ente que le hace el encargo), (2) evitar que sirva para otorgar ventaja a empresas privadas asociadas con el medio propio (por eso se exige que el medio propio pertenezca exclusivamente al ente o entes que le hacen encargos) y (3) que es necesario que exista una relación de instrumentalidad entre el medio propio y el ente que le hace encargos, aunque esa relación de instrumentalidad se ha ampliado en la jurisprudencia y además la Directiva permite que vaya en ambas direcciones o incluso que sea compartida (artículo 12, apartados 1-3). Incluso con todas estas ampliaciones, el medio propio no sirve para articular convenios de colaboración entre entes que cooperan en relación de igualdad, sin que ninguno de ellos se constituya en instrumento del otro. Se trata en el caso de los medios propios, en definitiva, de una cooperación «vertical», no «horizontal».

Para esta última sirve precisamente la figura del convenio de colaboración tal como ha sido construida (sin apoyo, en aquel momento, en la Directiva) por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 9 de junio de 2009 (asunto C-480/06, Comisión contra Alemania, también conocido como «Hamburgo»). Después, el concepto se ha perfilado en otras sentencias, más bien a la baja [especialmente las de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della provincia di Lecce*), 13 de junio de 2013 (asunto C-386/11, *Piepenbrock*) y 21 de diciembre de 2016 (asunto C-51/15, *Remondis*)]²¹. El reconocimiento de esta figura tiene una clara base en el artículo 14 del TFUE, introducido por el Tratado de Lisboa²².

El Tribunal de Justicia dice en la sentencia inicial de 9 de junio de 2009 que los Estados miembros no están obligados a contratar con los particulares aquellas prestaciones que pueden obtener con sus propios medios, y que a este respecto no se puede establecer una discriminación entre distintas formas de colaboración. En efecto, no tiene sentido que si los distintos entes forman un consorcio, se les permita obtener a través los servicios que precisan (a través de la técnica de los encargos a medios propios controlados por diversos poderes adjudicadores), mientras que si lo hacen mediante un convenio no se les permita. Se produciría una distorsión jurídica que llevaría a la creación de entes jurídicos sin necesidad²³⁻²⁴.

horizontal, para quedar excluida del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos, debe proyectarse sobre actuaciones “fuera de mercado”» (320); «prestaciones o actividades que no oferta el mercado, por estar vinculadas exclusivamente a objetivos de interés público que no persiguen quienes actúan en el mismo. Este tipo de actividades serían las que podrían ser propias de una cooperación horizontal y quedar excluidas del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratación pública» (322).

²¹ Sobre la sentencia del asunto *Piepenbrock*, vid. el comentario de BRAKALOVA (2013).

²² En este sentido, WERNICKE (párrafo 19). Sobre las presiones que llevaron a la introducción de este precepto en el Tratado de Lisboa, vid. también VAN VORMIZEELE (957).

²³ Al tratarse de un recurso por incumplimiento, el fallo se limita a desestimar el recurso de la Comisión. La fundamentación se encuentra en los párrafos 45-48:

«Pues bien, el Tribunal de Justicia recuerda, en particular, que una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas (véase la sentencia *Coditel Brabant*, antes citada, apartados 48 y 49).

46. Asimismo, la Comisión precisó durante la vista que, si la cooperación controvertida hubiese dado lugar a la creación de un organismo de Derecho público encargado de realizar la misión de interés general de eliminación de residuos a instancia de las distintas entidades en cuestión, habría admitido que la utilización de la central por los Landkreise de que se trata no entraba dentro de la normativa sobre contratación pública. Sin embargo, considera que, a falta de tal organismo de cooperación intermunicipal, el contrato de servicios celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los Landkreise de que se trata debería haber sido objeto de una licitación.

47. No obstante, procede señalar, por un lado, que el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente. Por otro lado, tal colaboración entre autoridades públicas no cuestiona el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública, a saber, la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros, siempre que la realización de dicha cooperación se rija únicamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público y se garantice el principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, de manera que ninguna empresa privada se sitúe en una situación privilegiada respecto de sus competidores (véase, en este sentido, la sentencia *Stadt Halle y RPL Lochau*, antes citada, apartados 50 y 51).

48 Por otro lado, procede señalar que de ninguno de los elementos aportados ante el Tribunal de Justicia se desprende que, en el presente caso, las entidades de que se trata hayan orquestado un montaje destinado a eludir la normativa sobre contratación pública».

²⁴ Precisamente a ese efecto de distorsión se refiere MEILÁN GIL (2008: 123), al explicar que el régimen de los encargos a medios propios supone un ejemplo más de «la utilización instrumental del acto o del contrato para cumplir con el objeto de servir al interés general. En ambos casos ha de regir el sometimiento pleno al Derecho, sin forzar ni desnaturalizar las categorías jurídicas». Esa desnaturalización o distorsión se produciría si los entes públicos se vieran obligados a crear entes de colaboración de forma innecesaria

La Directiva 2014/24, en su artículo 12.4 (ilustrado en el apartado 33 del preámbulo) recoge esa jurisprudencia –y, como veremos, la matiza y amplía de manera relevante– diciendo que no están sujetos a la normativa sobre contratación (es decir, que se pueden adjudicar sin licitación) los contratos celebrados entre poderes adjudicadores mediante los que se «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», siempre «que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público», y «que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación» (éste es un requisito que también se aplica a los encargos a medios propios y es una concreción legislativa del criterio jurisprudencial de que el convenio no debe servir para beneficiar en el mercado al ente que recibe este encargo directo).

Cuando un convenio cumpla estos requisitos, los poderes adjudicadores podrán celebrarlo (orillando así la legislación de contratos, que les obligaría a licitar un contrato abierto a la participación de terceros), *aunque su objeto esté comprendido en el de los contratos regulados por la Directiva* (es decir, los contratos típicos). Esto, aunque no lo dice la sentencia, resulta evidente si acudimos a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y a la propia razón de ser de la norma. Si el objeto de un convenio no se corresponde con el de ningún contrato sujeto a la Directiva, ésta no se aplica, sencillamente, y por lo tanto el convenio se puede celebrar sin que se le pueda poner cortapisa alguna (por ejemplo, la del 20%). Si el TJ ha tenido que pronunciarse (con el resultado de crear esta figura ahora recogida en la Directiva) es porque los convenios en cuestión tenían el mismo objeto que contratos sujetos a la Directiva, lo que planteaba la duda de si eran válidos o si, por el contrario, no podían celebrarse porque con ello se eludía la aplicación de los procedimientos de licitación de la Directiva. Por lo tanto, es «de esencia» a la figura del convenio, recogida en la Directiva y ahora también en el artículo 6 del Proyecto de Ley, que su objeto pueda corresponderse con el de algún contrato regulado en la Directiva y en la Ley española que la transpone²⁵. De hecho, el contrato que dio lugar a la sentencia de 9 de junio de 2009 recogía una cooperación horizontal relativamente compleja entre Administraciones locales de distinto ámbito en el sector de la gestión de residuos, pero de la que puede afirmarse que, si no hubieran podido celebrar el convenio, todas o algunas de esas Administraciones habrían tenido que licitar contratos sujetos a la Directiva para solucionar el problema de gestión de residuos.

Por esta razón, la Directiva regula conjuntamente en su artículo 12 los encargos a medios propios y los convenios de colaboración y en ninguno de los dos casos exige que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en ella. Implícitamente se reconoce lo contrario, puesto que si su objeto no estuviera comprendido en el de los contratos regulados en la Directiva no tendría sentido que en ésta se dispusiera que los encargos o convenios no están sometidos a ella *cuando cumplan ciertos requisitos*, puesto que no lo estarían en ningún caso.

5. La necesidad de corregir la nueva Ley de Contratos del Sector Público y también la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público

Sorprendentemente, dos textos de referencia en nuestro Derecho administrativo (la de Régimen Jurídico del Sector Público, aprobada en 2015, y la recientemente aprobada Ley de Contratos del Sector Público,

para poder hacer a ésta compatible con el Derecho europeo de la contratación pública. La cooperación horizontal permite cooperar sin necesidad de crear un ente para canalizar la colaboración, simplemente mediante un convenio.

²⁵ Así lo entiende también VILALTA (2016: 109): «siempre que se cumplieran estrictamente los requisitos fijados, la nueva directiva permitiría que dos administraciones públicas (dos poderes adjudicadores, en la terminología comunitaria) pudieran acordar desarrollar en común las tareas de servicio público que tuvieran asignadas –*aunque pudieran tener contenido contractual*– sin que, para ello, tuvieran que acudir a los procedimientos de licitación previstos por las directivas europeas» (109, la cursiva es mía). En el mismo sentido, VILLAR ROJAS (2017:8). D. SANTIAGO IGLESIAS (2015: 31), también consciente de que un convenio puede ser compatible con el Derecho comunitario aunque su objeto se corresponda con el de un contrato («no parece que el objeto sea el criterio determinante de la naturaleza contractual o convencional de un negocio jurídico, puesto que todo aquello que puede ser objeto de un contrato público puede también serlo de un convenio interadministrativo», pág. 29), soluciona la antinomia acudiendo a la naturaleza jurídica: «se puede afirmar que el elemento determinante de la naturaleza convencional o contractual de un negocio jurídico es la causa y no el objeto. De acuerdo con esta interpretación, un negocio jurídico tendrá naturaleza convencional cuando, aun coincidiendo su objeto con el de alguno de los contratos regulados en el TRLCSP, las Administraciones públicas intervinientes lo celebren con la finalidad de coordinar, cooperar o auxiliarse en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar, es decir, cuando persigan un objetivo común de interés público, mientras que el negocio jurídico de que se trate tendrá naturaleza contractual cuando con él se persiga, prevalentemente, el lucro de una de las partes».

regulan la misma cuestión (el encaje de los convenios interadministrativos en la legislación de contratos del sector público) de forma parcialmente contradictoria y además disconforme con la Directiva y con la jurisprudencia que ésta trató de incorporar.

Así, tanto la Ley 40/2015 como la Ley 9/2017 dicen que los convenios sólo estarán exentos del ámbito de aplicación de la legislación de contratos públicos cuando su objeto no se corresponda con el de un contrato, a pesar de que este requisito no lo exige la Directiva, que más bien acepta lo contrario. Además, en una clara contradicción entre ambos textos, el Proyecto de Ley de Contratos exige algo más, concretamente el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 12.4 de la Directiva (resultantes de la jurisprudencia del TJ a partir del caso Hamburgo de 2009).

Este desajuste supone, en el caso de la nueva LCSP, la exigencia simultánea de requisitos excesivos e injustificados.

Excesivos, porque ya hemos visto que los requisitos del artículo 12.4 de la Directiva se exigen allí donde el contrato, *por tener un objeto que encaja en la Directiva*, estaría sujeto a ella, de modo que sólo queda exento por cumplirse en él los criterios y condiciones de los convenios de colaboración. Si el objeto del convenio no se corresponde con el de un contrato, no está sujeto a la legislación de contratos públicos, pura y simplemente, por lo que huelga la aplicación de los requisitos del artículo 12.4 de la Directiva. Por lo tanto, es excesivo exigir simultáneamente, para que pueda celebrarse un convenio interadministrativo sin licitación, que el convenio no tenga por objeto prestaciones propias de un contrato y que *además* reúna las condiciones enumeradas en el artículo 12.4.

Y se trata de una exigencia injustificada, porque, si el convenio tiene un objeto que no está comprendido en el de los contratos regulados en la Directiva (y en la Ley que la traspone), entonces nada tiene que decir la Directiva (ni la Ley *de contratos* que la traspone) sobre él, de modo que estaría de más la imposición de requisitos como el del 20%.

Exigir que el objeto del convenio no se corresponda con el de ningún contrato regulado en la Directiva supone pararse en un momento jurídico anterior al reconocimiento de los convenios de colaboración por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Un tiempo (que se identifica con la sentencia de 13 de enero de 2005) en que el convenio era una figura extramuros de la Directiva, que podía servir para eludirla, de modo que era necesario recordar que estaba sometido a ella si el convenio era un auténtico contrato público (es decir, si su objeto se correspondía con el de un contrato). Pero, una vez admitida la figura del convenio de colaboración por la jurisprudencia (en 2009) y por la Directiva (en 2014), éste puede celebrarse también en el ámbito de los contratos públicos, siempre que se den los requisitos exigidos a esa figura.

En este sentido, la Ley 40/2015 es una Ley «atrasada» en el sentido de que, a pesar de haberse aprobado en 2015, ignora la jurisprudencia surgida en 2009 y la Directiva de 2014, y permanece anclada en la interpretación literal de la sentencia de 13 de enero de 2005. La LCSP de 2017, aunque es concedora de estos datos del marco jurídico comunitario, mantiene extemporáneamente el citado requisito de que el objeto del convenio no se corresponda con el de un contrato, que no es compatible con lo que dice la Directiva porque ésta ha venido precisamente a sustituirlo.

Cabe otra interpretación que salvaría el tenor literal de la Ley 40/2015, pero que llevaría a una construcción legislativa muy poco racional. Así, los convenios de colaboración cuyo objeto fuera «contractual» quedarían exentos de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y sometidos a la de Contratos. A su vez, ésta los excluye de su ámbito de aplicación cuando cumplan los requisitos equivalentes al artículo 12 de la Directiva (requisitos entre los que ya no podría estar el de que su objeto no sea contractual), por lo que habría que preguntarse qué Ley se someten esos convenios, expulsados sucesivamente de la Ley 40/2015 y de la Ley de Contratos del Sector Público. Lo más razonable es que los convenios queden sometidos a la Ley 40/2015 o a la de Contratos del Sector Público, y que, por tanto, el ámbito de aplicación de la primera termine donde empieza el de la segunda, de modo que los convenios excluidos de la Ley de Contratos sean justamente los mismos que los incluidos en el ámbito de la Ley 40/2015. Por tanto, sólo estarían sujetos a la Ley de Contratos los convenios cuyo objeto sea contractual y que no cumplan los requisitos del artículo 12.4 de la Directiva. Los demás convenios (es decir, los que cumplen los requisitos del artículo 12.4, aunque su objeto sea contractual) quedarían sometidos a la Ley 40/2015.

En cuanto a la nueva LCSP, habría que interpretarla dejando en sordina la exigencia de que su «contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales» y entendiendo que los convenios que cumplan los requisitos que el precepto establece a continuación, ya no tienen un contenido comprendido en el de los contratos regulados en la Ley. En caso contrario podrían

plantearse problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario, porque los poderes adjudicadores podrían invocar su derecho a utilizar las posibilidades de celebrar convenios reconocidas en el artículo 12.4 de la Directiva, salvo que se entienda que ésta simplemente establece un mínimo en cuanto a la aplicación de los procedimientos de licitación, sin impedir a los Estados miembros ampliarlas en detrimento de la cooperación interadministrativa (aunque no parece que ésta sea la intención del legislador español).

III. ¿HASTA DÓNDE PUEDE LLEGAR LA COOPERACIÓN HORIZONTAL?

1. Planteamiento: convenios cuyo objeto sí se corresponde con el de un contrato y que sin embargo pueden celebrarse sin licitación

Hasta aquí se ha realizado un análisis predominantemente formal en el que, sin necesidad de definir qué sea un convenio de colaboración o de tomar partido sobre su naturaleza jurídica, se ha visto que existen dos posturas en torno a su relación con la legislación sobre contratos públicos. Una primera postura, que viene a corresponderse con la vieja idea del «contratista interpuesto», se opone a que la Administración pueda obtener a través de convenios de colaboración prestaciones que podría conseguir a través de un contrato. Se quiere evitar que por esa vía se frustren las expectativas de quienes podrían aspirar a la adjudicación de un contrato, y ven cómo la Administración «retira» ese objeto de la licitación pública, para conseguirlo a través de un convenio de colaboración. La otra postura es la que sostiene que, siempre que se cumplan determinados requisitos (actualmente recogidos en el artículo 12.4 de la Directiva), el convenio no es un contrato, de modo que puede recurrirse a él aunque su objeto se corresponda con el de un contrato y, por tanto, sean dos instrumentos alternativos.

Expuestas estas dos posturas, es claro que no se pueden aplicar simultáneamente (como hace la nueva LCSP) y que, partiendo de la primacía del Derecho comunitario, que ha optado inequívocamente por la segunda, no puede seguir aplicándose la primera, como hace la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Pero nos queda por saber en qué medida existen convenios de colaboración cuyo objeto se corresponde con el de un contrato, y cómo deben interpretarse los requisitos exigidos por la Directiva a esa clase de convenios.

2. Una discusión sobre la naturaleza jurídica de los convenios interadministrativos no resuelve el problema

En el tratamiento de esta cuestión (que es práctica, y no teórica, porque está en juego la posibilidad de celebrar determinados convenios sin abrir una licitación pública para seleccionar a la otra parte del acuerdo), se habla con frecuencia de la distinción entre «convenio» y «contrato», dando por supuesto que se trata de dos cosas diferentes, es decir, que los convenios no son contratos. Así sucede también cuando se hace referencia (hemos visto que lo hace incluso el vigente TRLCSP, de 2011), a convenios que tienen «naturaleza contractual».

A mi juicio, esta distinción entre «convenios» y «contratos» es engañosa. Los convenios jurídicamente vinculantes (que son los únicos que merecen esta denominación, de acuerdo con el artículo 47.1, párrafo 2.º, de la Ley 40/2015, y los únicos que pueden plantear problemas de delimitación con la legislación de contratos públicos) son auténticos contratos, y por eso, por ejemplo, el régimen de su ejecución –artículos 49, 51 y 52 de la Ley 40/2015– es muy parecido al de los contratos²⁶. Por lo tanto, el problema no es si son convenios o son contratos *en abstracto*, sino si se les aplica –o no– el procedimiento de licitación regulado en la legislación de contratos públicos, que es incompatible con una figura (el convenio) en la que las partes se eligen mutuamente, sin licitación.

La figura jurídica del contrato va más allá de la legislación de contratos públicos, que se refiere a unos contratos concretos (los incluidos en su ámbito objetivo de aplicación) de unos entes determinados (los incluidos en su ámbito subjetivo de aplicación). Existen otros contratos, que lo son pero que no están sujetos a la legislación de contratos públicos²⁷.

²⁶ Por todos, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997: 339-342).

²⁷ En este sentido, sigue existiendo una diferencia de planteamiento entre las directivas de contratación pública, ceñidas a unos determinados tipos contractuales (ciertamente amplios) y a un umbral económico mínimo, y la legislación española, que tiene, al menos desde la reforma de 1963-1965, más pretensiones dogmáticas (concretamente, la de constituir una especie de versión jurídico-admini-

Además de que existen contratos no sujetos a la legislación de contratos del sector público, no encontramos una figura jurídica alternativa al contrato que sirva para canalizar las relaciones jurídicas bilaterales entre distintos entes públicos. No se puede analizar en detalle esa cuestión en este momento, ni es necesario hacerlo, pero lo cierto es que, si dejamos a un lado aquellos casos en que la confluencia de dos declaraciones de voluntad se realiza en torno a un acto administrativo unilateral (actos administrativos necesitados de colaboración de otro sujeto, en forma de solicitud previa o de aceptación posterior), lo cierto es que el contrato constituye la figura jurídica que sirve para canalizar las demás formas de colaboración jurídicamente vinculante, también entre entes públicos.

Otra cosa es que esos contratos no estén sometidos a la legislación de contratos públicos, porque en realidad ésta es una legislación de *compras a particulares*, y los convenios interadministrativos con otra cosa. Pero en lo referido a la ejecución, a la nulidad o a la interpretación, se plantean los mismos problemas que en el resto de contratos y se resuelven, en la legislación o en la jurisprudencia, con las reglas del derecho de contratos, normalmente tomadas del Código Civil.

Por lo tanto –y con ello confirmamos los datos tomados del análisis normativo– el elemento más relevante es el objeto del convenio. Es el que nos permite detectar que algunos convenios se solapan con los contratos públicos en el sentido de que la Administración los utiliza en lugar de ellos, como una alternativa. Y a partir de ahí será necesario determinar cuándo puede hacerlo, lo que exigirá interpretar los criterios creados por la jurisprudencia del TJ a partir de 2009 y recogidos ahora (insisto: con matizaciones importantes) en la Directiva 2014/24.

3. Convenios de colaboración cuyo objeto se corresponde con el de un contrato

Tal como vamos a ver a continuación, no es extraño, en efecto, que una misma prestación pueda ser objeto de un convenio y de un contrato, alternativamente. El convenio de colaboración resulta una figura extraordinariamente ambigua y flexible (sin duda se trata de una de sus mayores virtudes), pudiendo destacarse, entre otros, los siguientes tipos²⁸:

- Convenios en los que dos entes públicos pactan o coordinan la forma en que van a ejercer sus competencias para asegurar la coherencia del resultado o la consecución de un objetivo común. En este caso no existe relación alguna con la contratación pública.
- Convenios en los que un ente público se compromete a financiar una actuación llevada a cabo por otro en el ejercicio de sus competencias. No se produce elusión alguna de la legislación de contratos públicos. De hecho, lo normal será que, para cumplir el convenio, la Administración o ente público que recibe la financiación licite uno o varios contratos.
- Convenios que sirven para canalizar un apoyo o colaboración de un ente público a otro, asumiendo el primero unas obligaciones económicas que cubran los costes en que incurre el segundo (tal como reconoce la Ley 40/2015 en sus artículos 48.6 y 52.2, que hablan de cobertura de costes y no de pago de precio)²⁹.

Una variante de esta última figura es la utilización conjunta de recursos, que es precisamente una de las finalidades legalmente previstas para los convenios (artículo 48.3 de la Ley 40/2015). Una Administración o ente público que dispone de una infraestructura que supera sus propias necesidades la pone a disposición

nistrativa del Libro IV del Código Civil), lo que la lleva, por ejemplo, a regular también los contratos atípicos (contratos administrativos especiales). Ello puede producir algunos desajustes en la incorporación de las directivas, normalmente porque los preceptos de éstas acaban aplicándose también a contratos no incluidos en su ámbito de aplicación. La alternativa es un incremento en la complejidad de la legislación española (muy visible desde 2007), al sustituirse la técnica del «traje único» (es decir, un régimen jurídico único, aplicable a los contratos incluidos en su ámbito de aplicación), que era el modo de legislar hasta ese año, por la previsión de múltiples regímenes (el de los contratos SARA, el de los contratos de las Administraciones Públicas, el de los contratos de poderes adjudicadores que no sean Administraciones Públicas, que pueden ser contratos SARA o no serlo, etc.), de forma que los preceptos de las directivas no se apliquen necesariamente a todos los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la legislación española. El problema se complica, por supuesto, desde el momento en que la jurisprudencia del TJ ha establecido que el Derecho comunitario de la contratación pública no se agota en las Directivas, sino que de los Tratados se derivan obligaciones que se aplican a los contratos que no llegan al umbral fijado en las Directivas.

²⁸ Para una clasificación completa de los convenios, *vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997: 143 y sigs.).

²⁹ Se trataría de lo que RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997: 179-185) denomina «convenios para la prestación de cooperación no financiera».

de otro ente para que éste la utilice (abonando una contraprestación), en lugar de tener que construir una infraestructura propia o contratar con una empresa. En la práctica más reciente pueden ponerse ejemplos como la cesión a otras Administraciones de sistemas informáticos propios que se utilizan para el ejercicio de competencias³⁰ o los convenios de colaboración mediante los que el Servicio Jurídico del Estado puede prestar sus servicios no sólo a entidades del sector público estatal, sino también a comunidades autónomas o entidades locales (Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, artículos 15 y 16).

En este último caso existe una coincidencia de objeto con los contratos regulados en la legislación de contratación pública, en el sentido de que, de no celebrar el convenio, el ente público tendría que acudir al mercado para satisfacer esa necesidad.

De hecho, el asunto «Hamburgo», resuelto por la sentencia de 2009 en la que surgen los criterios legitimadores de la figura del convenio o de la cooperación horizontal, ahora recogidos en el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24 y también en el artículo 12 de la nueva LCSP, constituye un claro ejemplo de esta clase de convenios. El convenio que, según la Comisión, tendría que haberse sacado a licitación, y que el TJ acabó diciendo que era conforme al Derecho comunitario, fue celebrado por cuatro entidades locales con la empresa de limpieza del *Land* de Hamburgo (otra entidad pública, en definitiva), y en él las cuatro entidades locales obtenían el derecho a utilizar las instalaciones de gestión de residuos de Hamburgo (cuya capacidad superaba las necesidades de ese *Land*) a cambio del pago de una contraprestación³¹. Evidentemente, en caso de no poder utilizar esa fórmula, las entidades en cuestión habrían tenido que construir sus propias instalaciones o licitar contratos públicos para que empresas privadas se hicieran cargo de sus residuos.

Por lo tanto, los convenios cuyo objeto coincide con el de un contrato público existen y, de hecho, la actual regulación de los convenios en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público se refiere a ellos de forma expresa y como uno de los principales ejemplos de aplicación de la figura. En este sentido, puede sorprender que la Ley parta de la idea de que los convenios con objeto contractual no son admisibles, cuando desde 2009 se admite su existencia, aunque sometida a determinados requisitos.

4. El fundamento de la legitimidad de los convenios interadministrativos aunque su objeto sea coincidente con el de los contratos típicos

Como hemos ido viendo, la Directiva 2014/24 admite expresamente los convenios de colaboración interadministrativos (cooperación horizontal) siempre que cumplan determinados requisitos establecidos por el TJ a partir de 2009. Los convenios no son tratados, por tanto, una forma de eludir los procedimientos de licitación de contratos públicos (como daba a entender la sentencia de 13 de enero de 2005). No se trata, por tanto, de una excepción a la aplicación de la Directiva, sino de que los convenios son *otra cosa* y, por ello, el TJ los consideró conformes con la Directiva anterior (la 2004/18) aunque la misma no los contemplaba expresamente, del mismo modo que los contratos *in house* (o encargos a medios propios) fueron admitidos desde 1999 sin necesidad de reconocimiento en las Directivas (reconocimiento que vino posteriormente).

La justificación de los convenios de colaboración no estriba en que su objeto sea distinto del de los contratos (ya hemos visto que no lo es), y tampoco en conceptos a mi juicio vagos y etéreos como el de «comunidad de intereses» que existiría entre las partes frente a la «oposición de intereses» propia de los contratos con particulares³². Todo contrato sirve para articular una colaboración (su punto de partida es, por tanto, un acuerdo) y a la vez constituye el punto de encuentro de dos o más intereses enfrentados.

³⁰ Por ejemplo, el convenio de cooperación de Navarra con Aragón, cuya firma ha sido recientemente aprobada por el Gobierno de Navarra (http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?idseccion=38&), «a través de cual le cederá el uso gratuito de diversas aplicaciones informáticas en materia de Justicia por un período de cuatro años prorrogables», se supone que con el compromiso del reembolso de gastos por parte del cesionario, puesto que se indica que la cesión «no supondrá coste alguno para la Comunidad foral».

³¹ La sentencia lo deja muy claro: «el contrato celebrado entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los Landkreise (...) tiene como finalidad permitir a la ciudad de Hamburgo construir y hacer explotar una instalación de tratamiento de residuos en las condiciones económicas más favorables posibles gracias a los aportes de los residuos de los Landkreise vecinos, lo que permite alcanzar una capacidad de 320.000 toneladas» (párrafo 38). Es una de las finalidades que la Ley 40/2015 proclama como deseables para los convenios: «mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos» (artículo 48.3).

³² En este mismo sentido, VILALTA (2016: 95). Sin embargo, es habitual utilizar conceptos como los de «lo organizativo» frente a «lo contractual» para delimitar los convenios admisibles y los vedados, por ejemplo en BERNAL BLAY (2011: 315): «La exclusión de este contrato del ámbito de aplicación de las Directivas [se refiere a la sentencia Hamburgo], al igual que en el caso de los encargos a

A mi juicio, la clave de la admisibilidad de los convenios de colaboración interadministrativos aunque su objeto sea coincidente con el de un contrato y, en ese sentido, sirvan para sustituir a un contrato, se encuentra en que el Derecho comunitario no acoge el principio del «contratista interpuesto», es decir, la idea de que la Administración deba acudir al mercado para comprar los bienes y servicios que necesite incluso si los puede obtener por sus propios medios³³. Los contratos públicos deben adjudicarse mediante los procedimientos de licitación previstos en las Directivas, sin subterfugios dirigidos a eludirlos, *pero sin que ello obligue a maximizar el uso del contrato, obligando a utilizarlo incluso cuando no es necesario para la Administración*. No existe, por tanto, un principio que proteja las expectativas de las empresas privadas obligando a los entes públicos a abrirles cualquier oportunidad de negocio que se presente en el ámbito administrativo.

Se trata, en definitiva, de reconocer a la Administración la opción entre «make or buy», entre contratar externamente un bien o servicio o producirlo internamente con sus propios medios (BURGI, 2016: 130). Una opción que tiene cualquier empresa privada. Es cierto que esa opción puede ser antieconómica, pero la forma de atender a este problema es mediante requisitos de justificación como los que se contienen en el TRLCSP, no con una prohibición total que también puede llevar a resultados antieconómicos.

Lo que dice la jurisprudencia a este respecto es que el principio *make or buy* no se detiene en el límite de la personalidad jurídica del ente adjudicador, sino que incluye fórmulas de colaboración con entidades instrumentales (a través de la figura del medio propio), y también la colaboración con otras entidades que no sean instrumentales, y esta es la vía de los convenios interadministrativos o cooperación horizontal³⁴.

5. Los límites de la admisión de la cooperación horizontal. El caso de los contratos de intercambio

a) Los requisitos de admisión de los convenios

A la luz de esta idea se deben interpretar los criterios del artículo 12.4 de la Directiva, incorporados al artículo 6 de la nueva LCSP, es decir, que se trate de «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», que «el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público», y «que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación». Este último requisito es el que plantea menos problemas, porque se trata de una cláusula dirigida a evitar que el ente al que se permite celebrar convenios sin licitación, se beneficie de esa colaboración para ganar fuerza competitiva en el mercado, en condiciones de desigualdad con los sujetos privados que no tienen esos «clientes privilegiados» que son las demás Administraciones Públicas. Se trata de una cautela que se aplica también a los encargos a medios propios y que, por tanto, encuentra allí criterios interpretativos asentados.

medios propios, se encuentra en la consideración de su naturaleza organizativa y no contractual, habida cuenta de la concurrencia de una serie de circunstancias que permitan tal consideración».

³³ Ésta es precisamente la base de la argumentación del TJ en la sentencia Hamburgo: «el Tribunal de Justicia recuerda, en particular, que una autoridad pública puede realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, y puede también hacerlo en colaboración con otras autoridades públicas (véase la sentencia Coditel Brabant, antes citada, apartados 48 y 49)» (párrafo 45).

De hecho, la legislación de contratos dice que cuando la Administración disponga de servicios suficientemente aptos para la realización de la prestación, «deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución» [art. 24.1.a) del TRLCSP, aplicable directamente al contrato de obra pero también al de suministro por remisión del 24.2]. La Ley General de Sanidad, en su artículo 90.1, párrafo 2.º, dice, antes de regular el régimen de conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a ellas, que «las distintas Administraciones Públicas tendrán en cuenta, con carácter previo, la utilización óptima de sus recursos sanitarios propios».

³⁴ De nuevo es transparente la proclamación de esta idea en la sentencia Hamburgo. Ante la afirmación de la Comisión de que esa colaboración interadministrativa no suscitaría ninguna duda si se hubiera realizado a través de un consorcio, el Tribunal responde que «el Derecho comunitario no impone en modo alguno a las autoridades públicas el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente» (párrafo 47). El convenio interadministrativo no puede quedar «discriminado» frente a la creación de consorcios o frente a los encargos a medios propios.

A veces la construcción jurisprudencial de la figura del «medio propio» ha caído en un cierto bizantinismo precisamente por eludir la cuestión de fondo, que no es otra que el reconocimiento, o no, a la Administración, de la opción de atender sus necesidades con sus propios medios, y la cuestión que surge a continuación, de si esa opción se detiene en la persona jurídica de la propia Administración (ya sabemos que no) o si debe detenerse precisamente en el ámbito de los entes instrumentales de esa Administración o extenderse a todo el sector público. Cuestiones como si cabe entender que un ente que sólo tiene el 1% del capital de una sociedad pública ejerce sobre ella «el mismo control que sus propios servicios», que se planteó en el caso TRAGSA y que suscitó lógicamente la perplejidad de autores como J. GONZÁLEZ GARCÍA (2007: 234-237) se entienden mejor partiendo de ese punto de partida: ¿debe admitirse la utilización, como «medios propios», de los de otros entes del sector público (siempre que cumplan los demás requisitos, como el del 20%?

Siendo también claro que en un convenio de estas características la cooperación ha de servir para la consecución de objetivos comunes, lo que se traduce en que ambos entes tengan competencia en el asunto de que se trate, las dudas pueden plantearse al hilo del requisito de «que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público», procedente de la jurisprudencia.

La discusión puede surgir, sobre todo, al hilo de estructuras de intercambio, en las que un ente produce un bien o servicio en beneficio de otro a cambio de una contraprestación que cubra sus costes³⁵.

b) Las dudas de la jurisprudencia

Puede afirmarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aunque está asentada en el sentido de que ha repetido en varias ocasiones la fórmula del asunto Hamburgo o *Comisión contra Alemania* (fórmula incorporada al artículo 12.4 de la Directiva), todavía necesita ser aclarada en sus implicaciones concretas, al oscilar el Tribunal entre dos ideas subyacentes (no restar ámbito al mercado, y a la vez no privar a los poderes adjudicadores de fórmulas de cooperación interadministrativa asentadas en la práctica), cuya armonización en casos concretos dista de ser clara.

La jurisprudencia del TJ, anterior a la Directiva 2014/24, ha sido ciertamente restrictiva, aunque probablemente esas restricciones se entienden a la luz de argumentos y consideraciones que intentaré explicar y que en mi opinión no desmienten la explicación que he dado hasta ahora, es decir, la idea de que las Administraciones no tienen por qué recurrir al mercado cuando pueden satisfacer sus necesidades con los medios del sector público, sin que pueda discriminarse en función de que esos medios del sector público se encuentren en la misma persona jurídica que realiza el encargo, en otra persona sobre la que tenga dominio (encargos a medios propios) o en otra persona del sector público sobre la que no tenga dominio (cooperación horizontal).

La sentencia *Lecce* (de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11) rechaza un acuerdo por el que un ente público italiano de tipo sanitario encargó a un instituto universitario la evaluación sísmica previa a la construcción de un hospital. El acuerdo preveía el encargo directo de esa tarea al instituto universitario a cambio de una contraprestación que era una cobertura de costes, no un precio en sentido estricto. La sentencia (y el propio órgano que planteó la cuestión) destaca que el instituto universitario ofrece esos servicios en el mercado habitualmente, lo que habría permitido rechazar el uso del convenio por incumplimiento del requisito del 80%. Sin embargo, el Tribunal utiliza un argumento que resulta, a mi juicio, más discutible, al centrarse en que, como la tarea técnica en cuestión puede ser realizada también por profesionales privados, no constituye una «misión de servicio público» de la Universidad, por lo que no se cumpliría el requisito de que el convenio «tenga por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a dichas entidades» (párrafos 37 y 40)³⁶. Ese terreno de juego resulta, en mi opinión, más resbaladizo y menos claro a la hora de fijar criterios orientadores para otros entes públicos. Así, si la Universidad puede prestar esta clase de servicios de acuerdo con su legislación reguladora y los mismos constituyen una aplicación de las técnicas que en ella se enseñan e investigan y una forma de obtención de fondos que faciliten la financiación de su actividad de docencia e investigación, ¿por qué la realización de esas actividades no constituye una «misión de servicio público» de la Universidad? Ello exige entrar en un debate «filosófico» sobre la «transferencia de conocimiento» como posible función de la Universidad que me parece innecesario y que en todo caso tendría que resolver el legislador italiano, no el TJ. El hecho de que esas mismas funciones puedan llevarlas a cabo profesionales privados no impide que las mismas también puedan realizarlas institutos universitarios ni excluye que, cuando éstos las realizan, constituyan «misiones de servicio público», porque la «misión de servicio público», en este caso, no se encuentra en la tarea en sí, sino en el hecho de que la lleve a cabo una entidad universitaria, lo que produce una serie de beneficios de interés público (misión de servicio público) consistentes en que facilita la investigación, contribuye a financiarla y mejora su calidad,

³⁵ Parte de la doctrina interpreta que la sentencia Hamburgo amplía las posibilidades de cooperación interadministrativa para incluir supuestos de «intercambio» en los que una parte cobre un precio a cambio de su prestación (FRENZ, 2017: 748).

³⁶ Dice la sentencia en su párrafo más relevante: «de la resolución de remisión parece desprenderse, en primer lugar, que dicho contrato incluye una serie de aspectos materiales de los que una parte considerable, si no preponderante, corresponde a actividades realizadas generalmente por ingenieros o arquitectos y que, aunque tengan una base científica, no son investigación científica. En consecuencia, contrariamente a lo que el Tribunal de Justicia pudo declarar en el apartado 37 de la sentencia *Comisión/Alemania*, antes citada, la misión de servicio público objeto de la cooperación entre entidades públicas establecida por dicho contrato no parece garantizar la realización de una misión de servicio público común a la ASL y a la Universidad» (párrafo 37).

además de contribuir a su utilidad pública. Por otro lado, no parece necesario que los dos entes que celebran el convenio tengan la misma «misión de servicio público»; más bien habría que entender que cabe una relación sinérgica entre entes que tienen misiones de servicio público complementarias³⁷.

La sentencia *Piepenbrock* (de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11) dice que la cooperación ha de tener por objeto «funciones públicas» más que prestaciones contractuales. Esta sentencia no considera exceptuado de la normativa comunitaria sobre contratos públicos (es decir, no considera que cumpla los requisitos de la «cooperación horizontal») un contrato por el que una entidad local supramunicipal encarga a un Ayuntamiento la limpieza de aquellos de sus edificios que se encuentran en ese término municipal, para que el Ayuntamiento se ocupe de la limpieza de esos edificios del mismo modo que hace con los suyos propios³⁸. Desde una perspectiva limitativa de la cooperación horizontal, se ha interpretado esta sentencia en el sentido de que la cooperación al margen de la legislación de contratos públicos es admisible cuando tengo por objeto el ejercicio directo de funciones públicas (por ejemplo, la limpieza de las calles), pero no cuando tenga por objeto prestaciones instrumentales como la limpieza de los edificios públicos (BRAKA-LOVA, 2013: 593). Salta a la vista que de ese modo se reduce notablemente el ámbito de la figura de la cooperación horizontal y que además van a ser pocos los casos en que opere, porque difícilmente podría ser objeto de un contrato sometido a la Directiva un convenio cuyo objeto directo sea el ejercicio de una función propia y exclusiva de una Administración. Con todo, es importante la precisión de BURGI (2016: 131) en el sentido de que la sentencia reproduce la jurisprudencia anterior, sin llevar al fallo la regla que quería dejar sentada el órgano judicial que planteó la cuestión prejudicial, mucho más restrictiva con el ámbito de la cooperación horizontal.

La más reciente sentencia *Remondis* (21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15), que no olvidemos que aplica todavía la Directiva de 2004, y no la de 2014, se refiere a un asunto «fácil», en el sentido de que difícilmente habría podido confundirse ese convenio con un contrato sujeto a la Directiva. Dos entidades crean un ente público (llamémosle consorcio) al que delegan competencias en una determinada materia, transfiriéndole fondos y también la potestad de obtener él mismo los fondos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. Es difícil confundir eso con un contrato público porque se trata de una auténtica delegación de competencias intersubjetiva y no del encargo de la prestación de un servicio. Me parece que en este caso ni siquiera es necesario aplicar los criterios o requisitos de la sentencia *Hamburgo* porque el convenio no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva. Pero la sentencia, retomando la doctrina de *Piepenbrock*, deja claro que, si no se hubiera delegado una competencia, sino meras «tareas materiales» (lo que parece equivaler al encargo de la prestación de un servicio), el convenio sería un contrato y habría tenido que licitarse³⁹. Para establecer esa distinción, la sentencia se explaya sobre el tipo de potestades que debe tener el ente delegado, que no son incompatibles con la revocabilidad de la competencia y con el control por parte del delegante.

Me parece difícil extraer de la jurisprudencia reglas claras (imprescindibles, por otro lado, para aplicar el artículo 12.4 de la Directiva). Forzosamente hay que reconocer que los convenios interadministrativos pueden ser válidos aunque su objeto se identifique con el de un contrato público regulado en la Directiva (si así no fuera, sería ociosa la construcción de esta figura y el establecimiento de los requisitos de la sentencia *Hamburgo*). Pero también es preciso admitir que el TJ no ha llegado tan lejos como en el caso de los encargos a medios propios, cuyo objeto puede ser exactamente igual al de un contrato público⁴⁰. Se exige un matiz «de

³⁷ También destaca la sentencia, como argumento contra la legalidad del convenio, que «podría favorecer a empresas privadas si los colaboradores externos altamente cualificados que, de acuerdo con dicho contrato, la Universidad puede contratar para la realización de ciertas prestaciones incluyeran a prestadores privados» (párrafo 38). Se trata de una interpretación ampliatoria de un requisito que figura en el artículo 12.1 de la Directiva («que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada»), que aquí se extiende a la subcontratación (que el ente que celebra el convenio no subcontrate con personas privadas).

³⁸ La argumentación del TJ es lacónica: «Ahora bien, de las apreciaciones llevadas a cabo por el órgano jurisdiccional remitente, se deduce que el proyecto de contrato controvertido en el litigio principal no parece tener por objeto el establecimiento de una cooperación entre las dos entidades públicas contratantes dirigida a la realización de una misión de servicio público común» (párrafo 39).

³⁹ Lo resume el párrafo 50 de la sentencia: «una situación como la controvertida en el litigio principal se diferencia claramente de la que fue objeto del asunto que dio lugar a la sentencia de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock* (C-386/11, EU:C:2013:385), en la que una entidad territorial se limitaba a confiar a otra entidad territorial, mediante una compensación financiera, la realización de determinadas tareas materiales de las que se reservaba la facultad de controlar la ejecución como observó el Tribunal de Justicia en el apartado 41 de dicha sentencia».

⁴⁰ La comparación con el régimen de los encargos a medios públicos la aborda expresamente GIMENO FELIU (2016: 85): «es condición indispensable [de la “cooperación horizontal” admitida por el TJUE en la sentencia *Hamburgo* y sucesivas] que la prestación quede fuera del mercado, lo que implica la imposibilidad de que, con base en el acuerdo de colaboración se presten servicios a terceros,

interés público» en la tarea que un ente público se compromete a realizar en favor de otro. Cuando resulta demasiado claro que un ente público presta un servicio a otro, a cambio de una compensación de costes, del mismo modo que lo haría un empresario privado, el Tribunal vacila y tiende a dar una respuesta negativa, con justificaciones variadas. Se resquebraja con ello la idea (acogida por el propio Tribunal, por cierto), de que un ente público no está obligado a contratar si puede satisfacer sus necesidades con sus propios medios y que en ese concepto de «sus propios medios» no debe discriminarse entre fórmulas jurídicas, siendo válido y equiparable el uso de medios estrictamente propios, la constitución de entes consorciales, el recurso a entes instrumentales («medios propios») y la cooperación con otros entes públicos («cooperación horizontal»).

Estas dudas no dejan de reflejarse en la práctica de distintos Estados miembros, como demuestran algunos ejemplos⁴¹.

En Italia reviste especial interés el dictamen de 11 de marzo de 2015 del Consejo de Estado (Sección 2.ª, asunto 00972/2013). La *Agenzia del demanio* es un ente público económico del sector público estatal que tiene la «finalidad de administrar y gestionar en nombre y por cuenta del Estado los bienes inmuebles de su propiedad así como racionalizar y obtener valor de su utilización». A este ente recurren otras Administraciones (locales, provinciales, regionales) para que preste sus servicios en relación con sus propios bienes demaniales, a cambio de una contraprestación que cubra los costes en que incurre. Se le plantea al Consejo de Estado la compatibilidad con la Directiva; el cumplimiento, en suma, de los requisitos de su artículo 12.4. Hablamos de prestaciones como «la cooperación, a través de diversas fórmulas, en las operaciones de venta o cesión en arrendamiento de inmuebles». Es difícil ocultar que esas prestaciones pueden ser ofertadas también por empresarios privados y que la *Agenzia* constituye un típico «medio propio» del Estado, alternativo para éste a la celebración de contratos para el asesoramiento en cada una de sus operaciones. El dictamen, tras repasar los hitos de la jurisprudencia comunitaria (*Hamburgo*, *Lecce*, *Piepenbrock*) y los preceptos de la Directiva, concluye en la legalidad de la fórmula, que no requiere licitación alguna.

Por otro lado, en Alemania, que es el país que probablemente más ha impulsado en el ámbito comunitario el reconocimiento de las técnicas de cooperación, también existen dudas y posiciones enfrentadas en la jurisprudencia.

Así, un auto de 3 de diciembre de 2014 del tribunal (civil) de apelación de Koblenz (recordemos que estos tribunales civiles son los competentes para conocer de los recursos judiciales contra los órganos administrativos que resuelven los recursos especiales en materia de contratación) considera que un convenio interadministrativo por el que un ente local encarga la gestión de determinados residuos (que hasta ese momento venía contratando con una empresa privada previa licitación) a otro ente local, dotado para ello de la infraestructura necesaria, no es compatible con el Derecho de contratos, porque la excepción de la «cooperación horizontal» no incluye los supuestos de intercambio de prestaciones, es decir, un ente que presta el servicio y otro que abona los costes⁴².

c) Cambios introducidos por la Directiva

Aunque es cierto que el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24 se basa en la jurisprudencia del TJ a partir de la sentencia *Hamburgo*, lo cierto es que introduce algunas precisiones que pueden llevarnos a la conclusión de que la Directiva va más allá de lo que apunta la jurisprudencia del Tribunal. También es importante destacar cómo en la elaboración de la Directiva se introdujeron algunos cambios no indiferentes.

Un matiz importante es introducción expresa por parte de la Directiva del criterio de la «esencialidad» o del 80% para la cooperación horizontal en los mismos términos en que venía aplicándose a los encargos

pues ello desviaría la atención de la persecución de objetivos de interés público que es la finalidad que justifica su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos. Puede decirse en este sentido que se trata de una condición mucho más estricta que la que se predica en relación con los encargos a medios propios, donde se permite la actuación del medio propio con terceros siempre que la parte esencial de su actividad tenga como destinatario al ente o entes que lo controlan». Efectivamente, hay una diferencia en la jurisprudencia del TJUE entre el ámbito reconocido a los encargos a medios propios y el reconocido a la cooperación horizontal. Creo que esa diferencia no se encuentra tanto en el requisito de la «esencialidad», que se exige en idéntica medida en ambos casos [artículos 12.1.b), 12.3.b) y 12.4.b)], sino en el objeto, porque en el caso de los encargos a medios propios nadie duda de que su objeto puede ser idéntico al de los contratos regulados en la Directiva, y en el caso de la cooperación horizontal la jurisprudencia, como vemos, es más restrictiva. La pregunta –no respondida– es el porqué de esa diferencia de trato.

⁴¹ Como dice GIMENO FELIU (2016: 83), «la jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se interpreta de forma diferente por los Estados miembros e incluso por los poderes adjudicadores».

⁴² Sentencia del Oberlandesgericht (OLG) Koblenz, 3 de diciembre de 2014, publicada, entre otros lugares, en *BauR*, 2015, pág. 728.

a medios propios⁴³. Este dato es muy importante porque, como hemos visto, buena parte de las reticencias de la jurisprudencia (sentencia *Lecce*, por ejemplo) y de la doctrina a que la cooperación horizontal tenga el mismo ámbito potencial que los encargos a medios propios, tiene que ver con el miedo a que el *partner* público resulte favorecido en el mercado, al obtener con estos encargos directos una fortaleza financiera, comercial o técnica (*know-how*) que le coloque en una posición de privilegio cuando intervenga en el mercado en competencia con los operadores privados⁴⁴. Tal objeción desaparece con la aplicación a la cooperación horizontal del requisito de la esencialidad.

También es importante el párrafo 33 del preámbulo de la Directiva. En él se dice que «[l]os servicios prestados por los distintos poderes participantes no han de ser necesariamente idénticos; también pueden ser complementarios». Por tanto, el legislador comunitario no está pensando sólo en el convenio por el que dos poderes adjudicadores acuerdan gestionar conjuntamente una competencia (acuerdo por el que dos «demandantes de servicios» acuerdan actuar conjuntamente). Sería también admisible, por tanto, una cooperación sinérgica en la que un ente, cuya misión de interés público le permite disponer de determinados recursos o capacidades, las pone al servicio de otro que las necesita para cumplir su propia misión de interés público⁴⁵. Esto abre, indudablemente, un campo más amplio al convenio. También se lee en ese párrafo 33, en esta misma línea, que «no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales», lo que incide en la idea de admitir estructuras de intercambio.

Resulta igualmente muy significativa la frase: «Además, la ejecución de la cooperación, *incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes*, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público». Este inciso parece ir en la dirección de que el contrato y el convenio se distinguen porque en el primero hay *precios* y en el segundo hay *cobertura de costes* (artículos 48.6 y 52.2 de la Ley 40/2015, con importantes repercusiones en materia de liquidación), distinción en la que se plasmaría la exigencia de que el contrato se rija por «consideraciones de interés público»⁴⁶. Pero, en definitiva, se admitirían convenios en los que una parte satisface una necesidad de la otra (haciendo innecesaria, posiblemente, la celebración de un contrato).

El precepto análogo de la propuesta de Directiva (artículo 11), que –por cierto– colocaba el umbral de la esencialidad en el 90%, incluía un requisito eliminado a lo largo de la tramitación: «que el acuerdo no implique transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, excepto las correspondientes al reembolso de los costes reales de las obras, los servicios o los suministros». Si tenemos en cuenta que la nota característica de los convenios que hemos llamado «de intercambio», con prestaciones más cercanas a los contratos con particulares, es precisamente la presencia de transferencias económicas que eviten que el ente público «prestador» sufra pérdidas, parece claro que la eliminación del inciso que prohibía dichas transferencias debe ser interpretada como una admisión de la figura⁴⁷. Todo ello sin perjuicio de subrayar que incluso en la propuesta inicial se admitía el reembolso de costes, que es a lo que deben reducirse, en buena lógica, las transferencias económicas pactadas en los convenios, como recuerda la Ley 40/2015. Téngase en cuenta, igualmente, que todas las precisiones del párrafo 33 del preámbulo de la Directiva que he citado hace un momento para argumentar que ésta es favorable a la cooperación horizontal en términos relativamente amplios, se incorporaron durante la tramitación y no estaban en el párrafo 14 del preámbulo de la propuesta de Directiva.

⁴³ Se trata de una innovación especialmente destacada por BURGI (2016: 132).

⁴⁴ Recordemos que cuando autores como GIMENO FELIU o BERNAL BLAY se plantean por qué los encargos a medios propios pueden tener un objeto que se corresponda exactamente con el de un contrato típico, mientras que ello es menos claro en la cooperación horizontal, el argumento que surge es que en el primer caso se exige que el medio propio trabaje esencialmente para el ente que hace el encargo, mientras que en la cooperación horizontal no se exigiría. Ese argumento desaparece con la Directiva.

⁴⁵ Recurriendo a la clasificación de RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (1997: 147), no se incluirían sólo los convenios «para el ejercicio coordinado por cada una de las partes de sus propias competencias», sino también «los convenios de cooperación al ejercicio de tareas ajenas», aunque en el bien entendido que la Administración que «coopera» también está ejerciendo una competencia propia al prestar esa cooperación o colaboración. Admite esa colaboración entre entidades con misiones de servicio público complementarias, MONTERO PASCUAL (2014:125).

⁴⁶ De nuevo encontramos que la Ley 40/2015 llega a la misma conclusión que la jurisprudencia comunitaria, que también subraya, en la sentencia *Hamburgo*, esta ausencia de «precio» como uno de los elementos que llevan a reconocer la legitimidad de los convenios incluso cuando su objeto es similar al de un contrato: «de las estipulaciones del contrato controvertido se desprende que la cooperación que éste establece entre los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo y los cuatro Landkreise de que se trata *no da lugar, entre dichas entidades, a otros movimientos financieros más que aquellos que corresponden al reembolso de la parte de los gastos que incumben a dichos Landkreise*».

⁴⁷ En este mismo sentido, BURGI (2016: 133).

d) La equiparación con los encargos a medios propios y sus dificultades

La cuestión que debe plantearse, por tanto, es si la cooperación horizontal puede tener el mismo ámbito que los encargos a medios propios. Si estos encargos pueden tener por objeto cualquier clase de prestaciones, incluidas las que se correspondan íntegramente con las de un contrato público de servicios, obra o suministro, ¿por qué habrían de aplicarse criterios diferentes (y requisitos más restrictivos) cuando la cooperación sea horizontal y no vertical? En definitiva: ¿por qué una Administración puede encargar servicios de copistería a un medio propio, de forma directa, y en cambio podrían surgir dudas si encarga esos mismos servicios a un medio propio de otra Administración, con arreglo a la jurisprudencia *Piepenbrock* y *Remondis*?

La jurisprudencia del TJ no reconoce esa equiparación, aunque, como hemos visto, es anterior a la Directiva, que ciertamente introduce novedades relevantes, también examinadas. En la doctrina existen posiciones enfrentadas⁴⁸. En todo caso, me parece que la cuestión relevante es ésta, sin que deba ocultarse con consideraciones laterales como la naturaleza jurídica o el examen de requisitos jurisprudenciales como el del control análogo al que se dispone sobre los propios servicios⁴⁹.

El único argumento que respalda un trato diferente y más restrictivo a la cooperación horizontal es el de que la misma puede tener un ámbito mucho más amplio que los encargos a medios propios, reduciendo el mercado de la licitación pública (no olvidemos que, como recuerda la sentencia *Hamburgo*, párrafo 47, «el objetivo principal de la normativa comunitaria sobre contratación pública» es «la libre circulación de los servicios y su apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros»). Es un argumento que el TJ no ha utilizado expresamente y que se acerca al dogma del contratista interpuesto. En todo caso, la exigencia de que los entes que participan en la cooperación horizontal no ofrezcan sus servicios en el mercado (regla del 80%) cierra la vía al falseamiento de la competencia. Por otro lado, siendo cierto que en la cooperación horizontal no se cumple el requisito de que uno de los entes disponga sobre el otro del mismo poder que sobre sus propios servicios, es cierto que ese requisito se ha desarrollado sobre todo para evitar que por esa vía se favorezca a empresas privadas, y de ahí que la jurisprudencia lo haya desarrollado/deformado para excluir los encargos a empresas que tengan un accionista privado (incluso con el 0,01% del capital), a pesar de que sigue existiendo control público, y que se admitan los encargos inversos o el control compartido del medio propio, aunque en esos casos de control no puede hablarse en sentido estricto.

Un argumento favorable a la admisión generosa de la cooperación horizontal, especialmente desarrollado por BURGI (2016: 131) es la necesidad de evitar que los Estados descentralizados sean tratados de forma discriminatoria frente a los unitarios o centralizados, en los que el sector público puede autoabastecerse sin celebrar convenios, mediante procedimientos puramente internos.

En esta misma línea, la restricción de la cooperación horizontal no evitaría sus efectos perniciosos, sino que únicamente distorsionaría el tráfico jurídico al obligar a los entes intervinientes a crear o utilizar sujetos interpuestos que permitieran canalizar el convenio bajo la fórmula de los encargos a medios propios.

⁴⁸ Aunque la cuestión no suele plantearse formalmente porque la oculta la interpretación literal de la jurisprudencia comunitaria, no faltan tomas de postura al respecto. Así, REBOLLO PUIG (2003: 387) dice que en estos casos no se cumplen los requisitos de los encargos a medios propios pero que ello «no debe llevar a una exclusión radical de esta práctica. Aunque en este caso no estamos ante una simple manifestación de la descentralización funcional, que es lo que en general justifica la utilización de los entes institucionales como medios propios, lo que hay es una específica organización para canalizar la colaboración y, sobre todo, la cooperación entre Administraciones, aunque una de ellas –la que coopera el ejercicio de las competencias de las otras– lo haga a través de un ente instrumental. Lo que hay en estos supuestos no es tampoco un fraude para evitar el cumplimiento de la legislación de contratos, sino formas de canalizar la colaboración o la cooperación entre Administraciones». Claramente a favor de que las Administraciones utilicen los recursos de otros entes públicos, sin necesidad de contratar con particulares, SOSA WAGNER (2003: 1321). Al hablar de la ejecución de obras por la propia Administración dice: «Conviene para mentes asimismo en el hecho de que no se aclara en el precepto si las fábricas, arsenales, etc., han de ser de la misma Administración o pueden pertenecer a otra, lo que sería el caso, por ejemplo, si una Comunidad autónoma pretendiera utilizar los servicios de una empresa estatal. Nada parece excluirlo siempre que medie entre las Administraciones implicadas un convenio de colaboración o uno de los consorcios a los que se refieren los artículos 6 y 7 de la Ley 30/1992».

En contra, aunque tal vez más desde una interpretación literal de la jurisprudencia que por razones de fondo, PERNAS GARCÍA (2008: 183-184), para quien el «control análogo» que exige el TJ a los encargos a medios propios debe ser ejercido por la propia entidad encomendada, no por otra autoridad pública.

⁴⁹ Este estado de jurisprudencia vacilante y de principios subyacentes no explicitados en las sentencias recuerda a la evolución que, en el concepto de «medio propio», se vivió desde la sentencia *Teckal* al caso *TRAGSA* (GONZÁLEZ GARCÍA, 2007; BERNAL BLAY, 2008; HUERGO LORA, 2008: 1-6).

Por tanto, la admisión de la cooperación horizontal con la misma amplitud que los encargos a medios propios resulta coherente, aunque no cabe ocultar que nos hallamos ante uno de los puntos de tensión de esa estructura crecientemente compleja y no siempre racional que es el Derecho europeo de la contratación pública.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA ORIVE, José Luis, *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2002.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel, “Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*”, *REDA*, 137 (2008), págs. 115-138.
- (2011) “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”, en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (coord.), *La organización local. Nuevos modelos*, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 311-325.
- BRAKALOVA, María, “Comentario (Anmerkung) a la sentencia del TJUE de 13 de junio de 2013 (asunto C-386/2011, Piepenbrock)”, *EuZW*, 2013, págs. 591-594.
- BURGI, Martin, *Vergaberecht*, Beck, München, 2016.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto, “Los convenios”, en GAMERO CASADO, E. (dir.) / FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coord.) / VALERO TORRIJOS, J. (coord.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, vol. I, págs. 1.057-1.087.
- CARBONELL PORRAS, Eloísa, “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras varias: ¿Convenio o contrato administrativo?”, en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, 2003, págs. 377-394.
- FRENZ, Walter, “In-House-Geschäfte und interkommunale Zusammenarbeit nach der Vergaberechtsreform”, *DVBl*, 2017, págs. 740-749.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Ámbito de aplicación de la Ley (arts. 1 a 9, inclusive)”, págs. 81-122.
- GIMENO FELIÚ, José María, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- (2016) “El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades (la orientación estratégica de la contratación pública)”, en RODRÍGUEZ-CAMPOS, Sonia (coord.), *Las nuevas directivas de contratos públicos y su transposición*, Marcia Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2016, págs. 15-127.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación”, *RAP*, 173 (2007), págs. 217-237.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, “Los convenios administrativos”, en LÓPEZ MENUDO, F. (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2016, págs. 265-305.
- HERNANDO RYDINGS, María, “La colaboración interadministrativa local: novedades del nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios”, en CAMPOS ACUÑA, M. C. (coord.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, págs. 735-762.
- HUERGO LORA, Alejandro, (2001) “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *RAP*, 154 (2001), págs. 129-171.
- (2008) “Comentario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de contratación administrativa: preparación y adjudicación del contrato. Ejecución del contrato”, *RGDA*, 18 (2008).
- MEILÁN GIL, José Luis, *La estructura de los contratos públicos*, lustel, Madrid, 2008.
- MONTERO PASCUAL, Juan José, “La contratación entre Administraciones a la luz del nuevo régimen de la Unión Europea en materia de contratación pública”, *REDA*, 167 (2014), págs. 111-126.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, tomo XIII, BOE, Madrid, 2015.
- PASCUAL GARCÍA, José, “Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y convenios con administrados”, BOE, Madrid, 2012.
- PERNAS GARCÍA, Juan José, *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*, lustel, Madrid, 2008.
- PIZARRO NEVADO, Rafael, “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, págs. 15-152.
- REBOLLO PUIG, Manuel, “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAP*, 161 (2003), págs. 359-393.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- SANTIAGO IGLESIAS, Diana, “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español”, *RGDA*, 38 (2015).
- SOSA WAGNER, Francisco, “El empleo de ‘los recursos propios’ por las administraciones locales”, en COSCULLUELA MONTANER, L. (Coor.), *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. don Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, 2003, págs. 1.309-1.342.
- STRUVE, Tanja, “Durchbruch für interkommunale Zusammenarbeit”, *EuZW*, 2009, pág. 805 y ss.
- VILALTA REXACH, Marc, “Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, 15 (2016), págs. 83-114.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, “Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales”, *REALA. Nueva Época*, 7 (2017), págs. 5-18.
- VORMIZEELE, Voet van, comentario al artículo 14 del TFUE en VON DE GROEBEN/SCHWARZE/HATJE, *Europäisches Unionsrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2015 (7.ª ed.).
- WERNICKE, comentario el artículo 14 del TFUE en GRABITZ/HILF/NETTESHEIM, *AEUV*, comentario al artículo 14 (octubre de 2016).