La colaboración público-público en el ámbito local tras la Ley 9/2017, de contratos del sector público

Carlos-Alberto Amoedo-Souto
Catedrático E.U. de Derecho Administrativo.
Director de la Cátedra de Derecho Local.
Universidad de A Coruña
casou@udc.gal

1. **Introducción. La colaboración público-público, una necesidad material en un entorno jurídico incierto**
2. **Los fundamentos comunitarios de las fórmulas de colaboración público-público: estado de la cuestión tras las directivas de 2014**
   2.1. De Teckal a Hamburgo y más allá
   2.2. La condensación normativa de las directivas de 2014
3. **La colaboración público-público en la Ley 9/2017, de contratos del sector público: un modelo de geometría variable (y muy discutible)**
   3.1. El predominio de una lógica de la sospecha
   3.2. Y una realidad administrativa a contrapelo
   3.3. Una interpretación distorsionada de las directivas
   3.4. Crítica de la exclusión de la encomienda de gestión
   3.5. La exclusión "cuántica" de los convenios: cuando estar y no estar es posible
   3.6. En especial, la finalidad o causa colaborativa y la exclusión de la onerosidad
   3.7. El mapa de la colaboración público-público: art. 31 LCAP
   3.8. La hipertrofia de la regulación de la operativa vertical
4. **Problemas abiertos de la colaboración público-público en el derecho local tras la Ley 9/2017**
   4.1. La convivencia con el enfoque eficientista
   4.2. La incertidumbre de la colaboración público-público en los sectores del agua y los transportes
   4.3. Los márgenes de desarrollo autonómico del derecho estatal básico

Resumen

El presente trabajo constituye un análisis crítico de la regulación de las formas de colaboración público-público que se incorpora en la Ley 9/2017. En especial, se analizan los principales problemas que el nuevo sistema va a suponer en el ámbito local, donde las técnicas de colaboración horizontal y vertical son tan utilizadas como imprescindibles. Finalmente, se proponen

Artículo recibido el 05/10/2018; aceptado el 15/11/2018.

algunas soluciones regulatorias para dotar de mayor densidad y seguridad jurídica la autoprovisión administrativa.

Palabras clave: *colaboración público-público; contratación administrativa; sector público local*.

Public-Public collaboration in the local sphere after Law 9/2017, on public procurement

Abstract

This article critically analyses the regulation of different forms of public-public collaboration which incorporates Law 9/2017. In particular, the article studies the main problems of the new system in the local sphere, where the collaboration techniques, both horizontal and vertical, are commonly used and indispensable. Finally, the article makes some proposals for providing more density and legal certainty to the public-public collaboration.

Keywords: public-public collaboration; public procurement; public local sector.

1
Introducción. La colaboración público-público, una necesidad material en un entorno jurídico incierto

Con todas las carencias estructurales en medios humanos y en capacidad presupuestaria que ha dejado tras de sí la profunda recesión iniciada el año 2008, y tras el pírrico resultado de la reforma intentada hace cuatro años con la Ley 27/2013, de sostenibilidad y racionalización de la Administración local[1], las entidades locales siguen siendo las Administraciones prestadoras de las nece-

1. *Vid.* Boix Palop, A., "El Régimen local tras el fracaso de la reforma de 2013", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 68, 2017, pp. 24-35; Jiménez Asensio, R., "Competencias municipales y gestión de servicios. Estado de la cuestión", *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2017*, 2018, pp. 219-246. En estos trabajos se puede seguir el paulatino proceso de "desactivación" de la reforma realizado por el Tribunal Constitucional desde la STC 41/2016, de 3 de marzo, hasta la STC 107/2017, de 21 de septiembre, tanto respecto de la prohibición de la asunción de competencias o prestaciones complementarias (derogación del artículo 28 LBRL) como respecto de las rigideces establecidas sobre el sector público local (en especial las fórmulas de colaboración institucionalizada: consorcios y

sidades sociales más inmediatas: abastecimiento de agua potable, transporte urbano, recogida de residuos sólidos, servicios sociales, actividades culturales, mantenimiento de zonas verdes, y un largo etcétera.

Alta demanda de servicios por la ciudadanía, alta presión política –durante la legislatura municipal 2015-2019 el mundo local se ha convertido en una de las arenas más intensas de confrontación política–, escenario de carestía de medios humanos y presupuestarios: todos estos elementos redundan en una intensa necesidad de colaboración interadministrativa con la que obtener crédito presupuestario y/o auxilio técnico, de cara a la satisfacción de unas demandas ciudadanas de servicios públicos locales de calidad que van en aumento.

Muy sumariamente descrito, este es el contexto en el que el presente estudio se propone describir el impacto que deja tras de sí la Ley 9/2017, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), en una de las materias más presentes en la gestión municipal cotidiana: los sistemas de colaboración público-público.

Año y medio después de la entrada en vigor de minuciosas reglas básicas sobre convenios interadministrativos y sobre encomiendas de gestión, previstas por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, nos encontramos con que, a partir del 9 de marzo de 2018, la LCSP añade nuevas reglas, reconfigurando un panorama nada sencillo sobre las posibilidades ahora existentes para canalizar lo que se ha pasado a denominar colaboración público-público, desde que los servicios de la Comisión acuñasen este término, en su Documento de trabajo relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público), de 4 de octubre de 2011[2].

Esto es, sobre las distintas fórmulas jurídicamente admisibles de cooperación o colaboración administrativa –tanto internas en una misma Administración, como externas entre una o varias Administraciones públicas– destinadas a la eficaz satisfacción de los intereses generales. Tales fórmulas incluyen lo que Europa ha denominado cooperación público-público horizontal no institucionalizada (fundamentalmente, convenios de colaboración interadministrativa) y cooperación vertical (los negocios *in house providing*, que han sido rebautizados por la Ley 9/2017 con el término de "encargos").

Es este un punto en el que la inseguridad jurídica era y seguirá siendo alta. El nuevo marco básico de los convenios interadministrativos debe integrarse ahora no solo con una nueva Ley de Contratos del Sector Público, que contiene nuevas acotaciones jurídicas, sino también con las directivas comu-

mancomunidades, fundamentalmente), con las miras puestas en su contracción y el correlativo robustecimiento del papel de prestador "agregado" de las diputaciones provinciales.

2. Documento SEC (2011) 1169 final, de 4 de octubre de 2011.

nitarias del 2014 y la jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido generando a lo largo de los años, sobre los límites que la noción de contrato público proyecta sobre las experiencias colaborativas entre entidades locales.

Nuevamente, siguiendo una larga tradición, el legislador básico no ha pensado especialmente en las entidades locales a la hora de trasladar las directivas de 2014 a nuestro derecho interno[3]. Si, como ha afirmado Jesús Colás Tenas, "el régimen jurídico de la contratación pública sufre de hiperventilación"[4], el turbulento mundo de la colaboración interadministrativa no le va a la zaga en respiración agitada: seguimos acarreando importantes incertidumbres y desajustes entre la realidad jurídica local y el derecho básico de contratación pública[5]. Puede afirmarse que estamos ante un ángulo muerto; un punto que no ha sido bien resuelto, en el que las divergencias entre el derecho comunitario y el interno son preocupantes por lo que tienen de venero de problemas de inseguridad jurídica de cara al futuro. Y un mundo como el local, tan débil en sus instrumentos y tan cercano a las demandas ciudadanas, será probablemente la Administración territorial más afectada por ello.

Para verificar la pertinencia de estas afirmaciones vamos a exponer en primer término las principales novedades que aportan las directivas comunitarias de 2014 en esta materia, y en qué medida su dinámica jurídica sigue presentando desafíos para la evolución de nuestro derecho público.

3. *Vid.* Ríos Marín, E., *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación. Incidencia de las directivas "de cuarta generación"*, Atelier, Barcelona, 2016, autora para la que "sorprende que teniendo en cuenta la importancia de la contratación local dentro de la contratación pública, pues se trata de un hecho evidente no solo por su peso económico sino por la constelación de entidades que intervienen, el legislador lleve a cabo, como se acaba de señalar, una regulación horizontal de la contratación pública sin atender a la heterogeneidad que caracteriza a estas Administraciones con diferencias de tipo organizativo, de recursos humanos, de carácter económico-financiero, etc." (*op. cit.*, pág. 87). En similar sentido se expresa Razquin Lizarraga, M. M.ª: "La Ley de contratos del sector público: balance crítico, aplicación y novedades, en especial para los entes locales", *Revista de Administración Pública*, n.º 186, 2011, pág. 56. Resulta también significativo que el "Informe en relació a les novetats que la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes dels sector públic que afecten de forma específica a l'àmbit local", elaborado el 14 de marzo de 2018 por la Dirección General de Contratación Pública de la Generalitat de Cataluña, no mencione las novedades existentes en el ámbito de la colaboración público-público. Por último, *cfr.* Gómez Melero, J. G.: "Contratación de los entes locales", en Gamero Casado, E. y Gallego Córcoles, I.: *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2663-2664.

4. *Cfr.* "Contratación local", en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2017*, 2018, pág. 86.

5. En este mismo sentido se pronuncia Huergo Lora, A., en "Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos", *Revista de la Administración Local y Autonómica*, n.º 8, noviembre 2017, pág. 6.

2
Los fundamentos comunitarios de las fórmulas de colaboración público-público: estado de la cuestión tras las directivas de 2014

2.1
De Teckal a Hamburgo y más allá

La doctrina sobre las excepciones *in house providing* que se acuña en el célebre asunto Teckal de 1999 (sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98) no ha cesado de enriquecerse a lo largo de los últimos 19 años, a partir de las múltiples cuestiones prejudiciales planteadas desde los tribunales administrativos nacionales, especialmente italianos, españoles y alemanes, al hilo de variadas fórmulas de colaboración interadministrativa.

Del cúmulo de todas estas cuestiones prejudiciales se ha derivado una clara limitación de las potestades de autoorganización municipal. La utilización de parámetros funcionales de control de los negocios jurídicos evaluados a nivel europeo ha tratado de responder, en cada caso, a la pregunta de si el concreto negocio suponía una manifestación lícita de la potestad autoorganizatoria, dirigida a la consecución de los fines de interés general propios de la Administración, o bien un negocio falseador de la libre concurrencia característica de la compra pública comunitaria. Lo cual ha obligado a evaluar la compatibilidad con esta jurisprudencia comunitaria para, en su caso, replantear la gestión de múltiples servicios locales[6].

De manera necesariamente sumaria, el corpus jurisprudencial generado al respecto en los últimos años por el TJUE[7] podría caracterizarse mediante tres rasgos distintivos:

6. Véase en particular el análisis comparado de Wauters, K., *Cooperative agreements between public authorities. The influence of CJEU case law on national legal systems*, Intersentia Publishing, Cambridge, 2015.

7. Los principales hitos de esta evolución han sido las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de enero de 2005, asunto *Stadt Halle RPL Lochau* (Asunto C-26/03); de 13 de octubre de 2005, asunto *Parking Brixen* (C-458/03); de 21 de julio de 2005, asunto *Coname* (C-231/03); de 19 de abril de 2007, asunto *Tragsa* (C-295/05); de 13 de noviembre de 2008, asunto *Coditel Brabant* (C-324/07); de 9 de junio de 2009, asunto *Hamburgo* (C-480/06); de 10 de septiembre de 2009, asunto *Sea Srl/Commune di Ponte Nossa* (C-573/07); de 29 de noviembre de 2012, asunto *Econord Spa*; de 19 de diciembre de 2012, asunto *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* (C-159/11); de 13 de junio de 2013, asunto *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH* (C-386/11); de 8 de mayo de 2014, asunto *Datenlotsen Informationssysteme GmbH* (C-15/13); de 19 de junio de 2014, asunto *Centro hospitalar de Setúbal y Such* (C-574/12); de 11 de diciembre de 2014, asunto *Azienda sanitaria locale* (C-113/13); y de 8 de diciembre de 2016, asunto *Cogesa SpA* (C-553/2015).

– Su *casuismo y heterogeneidad*: el Tribunal interpreta la compatibilidad de un concreto derecho "operativo" nacional con las directivas de contratación vigentes a la luz de casos concretos y, en algunas ocasiones, con el régimen de ayudas públicas. La proliferación de asuntos sometidos a la jurisdicción del TJUE ha configurado una jurisprudencia no siempre clara ni unívoca en su alcance, dadas las muchas particularidades que nacen de la coexistencia de 28 derechos administrativos nacionales distintos entre sí, y de las dificultades de traducción de sus avatares "patológicos" a las claves del derecho interno de otro Estado miembro[8].
– Una visión *pancontractualista* de la actividad administrativa –y de la definición misma de la noción europea de contrato público–, cristalizada mediante la profundización casuística en los dos requisitos generales de la aplicabilidad de la autoprovisión o *in house providing*: un criterio subjetivo-organizativo (la existencia de "control análogo") y otro criterio funcional (que la misión dominante de la entidad adjudicataria sea servir a su entidad controladora, sin una vocación predominante de operar en el mercado) relacionado con la salvaguarda de una limpia concurrencia mercantil entre sector público empresarial y sector privado.
– La progresiva *dulcificación* de una interpretación originalmente estricta de estos criterios. Tendencia que tiene su cabo de las tormentas en un asunto español: el caso TRAGSA II de 19 de abril de 2007[9]. Especialmente, en materia de colaboración público-público esta evolución hacia una mayor permisividad puede contemplarse con suma claridad mediante la lectura yuxtapuesta de las sentencias del TJUE de 13 de enero de 2005 (recaída sobre la exclusión absoluta de los convenios de nuestra Ley de contratos)[10] y de 9 de junio de 2009

8. *Cfr*: en este sentido el trabajo de Sierra Morón, S. de la, "Límites y utilidades del derecho comparado en el derecho público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera", *Revista de Administración Pública*, n.º 201, 2016, pp. 69-99; y Boix Palop, A., "La europeización del derecho administrativo español", en Martín Delgado, I., Almeida Cerreda, M. y Di Lascio, F. (coords.), *La europeización del derecho administrativo: una evaluación desde el ordenamiento español*, Andavira, A Coruña, 2017, pp. 35-108.

9. *Cfr*. Janssen, V. A., "The Institucionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement Law: towards a more coherent approach?", *Utrecht Law Review*, vol. 10, n.º 5, diciembre 2014, pág. 180. Como consecuencia de esta Sentencia, el Tribunal Supremo dictó la STS de 30 de enero de 2008 (RJ 2008/645).

10. Esta Sentencia condenó al Reino de España por excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP de 2000 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, dando lugar a una reforma del

(asunto C-480/06, Comisión contra Alemania, más conocida como asunto Hamburgo)[11].

Por la especial dialéctica de estos tres rasgos, los últimos años han sido de una profunda inseguridad sobre la consistencia comunitaria de dos grandes aspectos o dimensiones de nuestro derecho administrativo en sus tres niveles territoriales: las formas organizativas (políticas de personificación instrumental) y las formas operativas (políticas de gestión pública a través de convenios, contratos, encomiendas de gestión, etc.).

Aún hoy, la espada de Damocles del derecho comunitario oscila permanentemente suspendida sobre las cabezas de los gestores públicos[12]. De ahí

artículo 3.1.c) del TRLCAP mediante 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. En este artículo se excluyen los convenios interadministrativos, salvo que la materia sobre la que versen sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios cuyos importes sean superiores a las cuantías establecidas como umbral comunitario. Se estableció así una norma que pervive hasta hoy, y que hace girar la diferencia entre convenio y contrato alrededor del más que discutible –como veremos– criterio del objeto.

11. En esta Sentencia, 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). (...) 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)".

12. Es significativo que la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Documento 2016/C 262/01), afirme en su párrafo 14 que "La Comisión Europea sigue proclamando que la decisión de una autoridad pública de no permitir a terceros prestar determinado servicio (por ejemplo, porque desea prestarlo de forma interna) no excluye la existencia de una actividad económica. A pesar de dicho cierre del mercado, una actividad económica puede existir cuando otros operadores quieran y puedan prestar el servicio en el mercado en cuestión. En términos más generales, el hecho de que un servicio concreto se preste de forma interna es irrelevante a efectos de la naturaleza económica de la actividad", citando a este respecto las Conclusiones del Abogado General Geelhoed de 28 de septiembre de 2006, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), asunto C-295/05, apartados 110 a 116; el Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera, artículo 5, apartado 2, y artículo 6, apartado 1; y la Decisión 2011/501/UE de la Comisión, de 23 de febrero de 2011, relativa a la ayuda estatal C 58/06 concedida por Alemania a las empresas Bahnen der Stadt Monheim (BSM) y Rheinische Bahngesellschaft (RBG), reunidas en Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (DO L 210 de 17.8.2011, pág. 1), considerandos 208 y 209.

los esfuerzos realizados por nuestra doctrina para sistematizar y traducir en lo posible este corpus jurisprudencial al ámbito de nuestro derecho positivo[13].

Pues bien, ya desde la Comunicación de la Comisión Europea de 11 de marzo de 1998, las instituciones comunitarias han sido conscientes de la necesidad de aclarar la regulación de estas cuestiones[14]. El propio Parlamento Europeo se pronunció al respecto, solicitando un mayor esfuerzo a la Comisión y a los Estados miembros para la difusión de las implicaciones jurídicas de las sentencias del TJUE en la materia[15]. Sin embargo, ese empeño no se reflejó más que en documentos interpretativos carentes de eficacia normativa, y aun así, de fecha tardía.

Consciente de esta situación, el *Libro Verde* de la Comisión de 27 de enero de 2011, elaborado con vistas a la formulación del nuevo paquete de directivas de 2014, formuló la "cooperación dentro del sector público" como

13. Pueden verse en este sentido los trabajos de Gimeno Feliú, J. M.ª, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, en especial págs. 127-151; Fuertes López, M. y Sosa Wagner, F., "¿Pueden los contratos quedar en casa? La polémica europea sobre la contratación *in house*", *Diario La Ley*, n.º 6715, 17 de mayo de 2007; González García, J. V., "Medios propios de la Administración, colaboración administrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación", *Revista de Administración Pública*, n.º 173, 2007, págs. 217-237; Bernal Blay, M. Á., "Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones *in house*. Comentario a la STJUE de 19 de abril de 2007", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 137, 2008, págs. 115-138; Noguera de la Muela, B., "Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público. Especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *Revista de Administración Pública*, n.º 182, 2010, págs. 159-190; Pernas García, J. J., *Las operaciones* in house *y el derecho comunitario de contratos públicos: análisis de la jurisprudencia del TJCE*, Iustel, Madrid, 2008; Montoya Martín, E., "La delimitación de los encargos domésticos: presupuesto para evitar la huida de las garantías de la contratación pública", en López Menudo, F. (coord.), *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011, págs. 859-907; y más recientemente, Gallego Córcoles, I., "Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la jurisprudencia del TJUE", *Contratación Administrativa Práctica*, n.º 140, noviembre-diciembre 2015, págs. 70-78.

14. Véase Comunicación de la Comisión "La contratación pública en la Unión Europea", de 11 de marzo de 1998, COM (98) 143, en la que se enuncian ya los principales enfoques del futuro paquete de directivas de 2004. Enfoques generales (simplificación, adaptación a la evolución del mercado, lucha contra la corrupción, desarrollo de un entorno favorable a las pymes, sinergia con otras políticas, contratación electrónica eficaz...) que son coincidentes con los incluidos en las directivas de 2014, conforme a ese mecanismo de desarrollo de las políticas públicas comunitarias que es la *rolling agenda*. En la página 11 la Comisión anunciaba que se proponía aclarar, a través de un documento interpretativo, "los contratos 'in house' es decir los que se adjudican en el seno de la Administración pública; por ejemplo, entre Administración central y local o entre una Administración y una sociedad que es íntegramente propiedad de esta".

15. Véase el Informe elaborado, a iniciativa propia, por la diputada europea Heide Rühle, "Nuevos aspectos de la política de contratación pública" (Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2010, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, 2009/2175 [INI]).

una de las cuestiones esenciales a afrontar por la política de modernización de la contratación europea[16]. Se recoge ahí la distinción de dos grandes modalidades de cooperación, la "cooperación vertical/institucionalizada" y la cooperación horizontal, así como la "transferencia de competencias de una entidad a otra para la realización de una tarea pública". Tres modalidades de gestión pública a las que no resultan aplicables las directivas, y para cuya regulación más segura el *Libro Verde* sugirió dos cosas:

La primera propuesta se plasmó en el *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público)*, de 4 de octubre de 2011[17], en el cual la Comisión procedió a sistematizar los distintos *case law* sometidos al TJUE a lo largo de los últimos años, así como sus consecuencias prácticas para las técnicas de colaboración horizontal y vertical, pero respetando el papel interpretativo auténtico del derecho comunitario que corresponde al TJUE.

La segunda propuesta fue la incorporación a las directivas de reglas específicas que condensasen de manera clara la jurisprudencia comunitaria.

2.2
La condensación normativa de las directivas de 2014

Esto es lo que ha pasado en el paquete de Directivas de 26 de febrero de 2014. La Directiva clásica o general, la número 24, ha previsto ese nuevo régimen en su largo artículo 12, bajo el equívoco epígrafe "*contratos públicos entre entidades del sector público*"[18]. Sus tres primeros apartados se centran en la

16. Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE de 27 de enero de 2011 (COM 2011 15 final), que se subtitula "Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente". En él, dentro de la "mejora de las herramientas de las que disponen los poderes adjudicadores", se dedica un apartado específico a la cooperación dentro del sector público, *public-public cooperation* en la versión inglesa, en el que se reflexiona sobre cómo "debe trazarse una línea divisoria entre los acuerdos entre poderes adjudicadores para llevar a cabo sus tareas amparados por su derecho a la organización autónoma, por un lado, y las actividades de contratación que deben beneficiarse de una competencia abierta entre los operadores económicos, por otro".

17. Véase documento SEC (2011) 1169 final, de 4 de octubre de 2011, elaborado por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios. En él se afirma que "Es necesario, por tanto, distinguir entre las actividades de contratación que deberían estar sujetas a la libre competencia entre los operadores económicos, tal y como establecen las normas sobre contratación de la UE, y otros acuerdos que los poderes adjudicadores puedan utilizar para el ejercicio de sus tareas públicas y que no entran en el ámbito de aplicación de las directivas sobre contratación pública de la UE" (pág. 3).

18. En la versión original de la propuesta de directiva realizada por la Comisión el 20 de diciembre de 2011 (COM [2011] 896 final), el epígrafe del entonces artículo 11 era "Relaciones entre poderes públicos", lo cual reforzaba la idea de exclusión de estos negocios

regulación de la colaboración público-público vertical, mientras que la horizontal se contiene en su párrafo cuarto.

En la Directiva 23, relativa a las concesiones de servicios, la materia es objeto del homólogo artículo 17 de dicha Directiva ("Concesiones entre entidades del sector público").

Por su parte, la Directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, dedica una subsección a esta materia (relaciones especiales: cooperación, empresas asociadas y empresas conjuntas, artículos 28 a 30)[19].

Las directivas aportan ahora tres grandes enfoques o ejes de política jurídica sobre la colaboración público-público:

a) Se reconoce explícitamente el "principio de libertad de administración de las autoridades públicas" (art. 2 Directiva 2014/23/UE), para "(...) decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos"[20]. Del mismo modo, el considerando 5 de la Directiva 2014/24/UE subraya que

jurídicos. Idea necesaria no solo por razones de oportunidad, sino incluso por razones de coherencia lógica: téngase en cuenta que estos negocios no satisfacen en principio un requisito esencial con el que la propia Directiva define la noción de "contrato público": la onerosidad. Recuérdese el tenor del artículo 2.1.5) de la Directiva 24, que define los contratos públicos como "los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios". Sin embargo, tras su paso por el Parlamento Europeo, el encabezamiento del epígrafe se ha inclinado por la noción "contratos públicos", en una suerte de pancontractualismo muy presente, por lo demás, en las opiniones de ciertos abogados generales. Sobre el contenido e impacto de las directivas, véase, entre nosotros, Gimeno Feliú, J. M.ª, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

19. En el momento de cierre del presente trabajo, el *Proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014* permanece encallado en la Comisión de Hacienda del Congreso de los Diputados.

20. En la Directiva de sectores excluidos, la 2014/25/UE, el artículo 1.4 establece que "La presente Directiva no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con la legislación de la Unión, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas públicas y a qué obligaciones específicas deben supeditarse. La presente Directiva no afecta al derecho de los poderes públicos a todos los niveles de decidir si desean prestar servicios públicos por sí mismos, en qué forma y en qué medida, de conformidad con el artículo 14 del TFUE y con el Protocolo n.º 26".

"debe recordarse que ninguna disposición de la presente Directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o a externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos o a organizarlos de otra manera que no sea mediante contratos públicos en el sentido de la presente Directiva. Ha de quedar excluida la prestación de servicios basada en disposiciones legales o administrativas, o contratos de trabajo".

Esto, a nuestro juicio, equivale a *reconocer la autoprovisión administrativa, en sus versiones horizontal y vertical, como una opción lícita y compatible con el derecho derivado comunitario*. Se trata del explícito reconocimiento de la soberanía de los Estados miembros para optar por distintos modelos de economía (mixta) de mercado; dicho de otra forma, libertad para decidir si prestan los servicios de su competencia bien a través de sus propios medios o en colaboración interadministrativa (es decir, dentro del perímetro del sector público), o bien a través de empresas privadas, mediante externalización contractual (*private outsourcing*). Se reconoce así una potestad discrecional para que las autoridades administrativas adopten las denominadas *make-or-buy decisions*[21], en función de lícitos criterios de oportunidad. Y en esas decisiones, el concepto que engloba a las dos formas de prestación de servicios dentro del sector público (mediante recursos propios o en colaboración interadministrativa) es la autoprovisión administrativa, que sería la técnica alternativa a la compra pública a través del mercado[22].

De ahí que, en general, las distintas formas de autoprovisión (ejecución por los servicios de la propia Administración, prestación de servicios en régimen de colaboración o mandatos de ejecución obligatoria de obras, suministros o servicios entre poderes adjudicadores del sector público) estén en general excluídas del ámbito de aplicación de las directivas, siempre que se den los requisitos necesarios en cada caso[23].

21. *Cfr*. Sánchez Graells, A., *Public procurement and the EU competition rules*, Hast Publishing, Oxford y Portland, 2011, pág. 232. Entre nosotros, esto ha sido defendido previamente por la mayoría de autores. *Cfr*. Huergo Lora, A., "La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con las empresas públicas", *Revista de Administración Pública*, n.º 154, 2001, pág. 161; y Rebollo Puig, M., "Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *Revista de Administración Pública*, n.º 161, 2003, págs. 379-380.

22. Sobre el concepto de autoprovisión administrativa, nos remitimos a nuestro trabajo "En torno al concepto de autoprovisión administrativa. Dimensión europea y desajustes internos", *Revista de Administración Pública*, n.º 205, 2018, págs. 81-129.

23. Recuérdese lo que dice el Considerando 31 de la Directiva 2014/24: "El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación. No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos. Es preciso asegurar que la cooperación entre

b) En segundo lugar, la voluntad de los Estados miembros de tamizar y codificar la variada y casuística jurisprudencia del TJUE sobre la cooperación vertical y horizontal no institucionalizada[24].

Las instituciones comunitarias han concretado reglas positivas generales sobre la operativa *in house*, incorporando los requisitos esenciales de la jurisprudencia del TJUE a dos grandes modalidades: la cooperación vertical mediante encargos a entidades personificadas (la jurisprudencia *Teckal*), y la cooperación horizontal entre entidades del sector público (en este último caso, a partir fundamentalmente de la jurisprudencia *Hamburgo*, Asunto C-480/06, Comisión contra Alemania)[25]. Reglas que codifican el margen interpretativo de apreciación a las autoridades nacionales, y tratan de aportar la necesaria seguridad jurídica en la aplicación del derecho comunitario, fundamentalmente con las miras puestas en lograr la máxima eficiencia, al tiempo que se eviten distorsiones al limpio funcionamiento competitivo del mercado interior[26].

c) En tercer lugar, la flexibilización de los criterios de utilización de los medios propios.

Las directivas no solo han codificado los criterios acuñados por el TJUE a lo largo de los años[27]; también han introducido algunas acotaciones nuevas, no contempladas en la jurisprudencia, como fruto de la reflexión y la negociación entre los Estados miembros y la Comisión. Cabe subrayar dos:

- La regulación de las relaciones de cooperación horizontal (artículos 12.4, 17.4 y 28.4 de las directivas) ha incorporado los parámetros de exclusión utilizados por la jurisprudencia *Hamburgo*.
- Se ha flexibilizado la tradicional prohibición de participación privada institucionalizada en las formas de personificación ejecutantes de relaciones de colaboración público-público. Para las relaciones verti-

entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores".

24. Entre nosotros, I. Gallego Córcoles se ha ocupado de inventariar los matices con los que el artículo 12 ha introducido la jurisprudencia comunitaria. *Cfr.* "Los encargos a medios propios y a servicios técnicos en la jurisprudencia del TJUE", *op. cit.*, págs. 70-78.

25. Véase Bernal Blay, M. Á., "La cooperación administrativa 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.), *Organización local. Nuevas tendencias*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 361-376.

26. *Cfr.* Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and the UK*, vol. 1, 3.ª edición, Sweet and Maxwell, Londres, 2014, pág. 501.

27. *Cfr.* Pernas García, J. J., "La expansión de la excepción *in house* y la flexibilización progresiva del criterio del 'control análogo'. Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 2008", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 87, junio 2009; y Wauters, K., *Cooperative agreements between public authorities. The influence of CJEU case law on national legal systems*, *op. cit.*, 2015, pág. 165.

cales, esta posibilidad se contempla por el artículo 12.1.c) de la Directiva 24 por vía de excepción, cuya aprobación se remite a la legislación de los Estados miembros: "que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada". Para las relaciones horizontales, el texto final de las directivas no contempla límite o vía excepcional alguna a la participación privada. Ello refleja la posición del Consejo Europeo, no de la Comisión (cuya propuesta original incluía el límite de la participación de participación privada)[28] ni del Parlamento[29], lo cual significa que los Estados miembros han apostado por superar el enfoque restrictivo del TJUE sobre la cooperación horizontal entre autoridades públicas, que toca un núcleo sensible de la soberanía estatal[30].

28. El punto 4 del artículo 11 de la propuesta inicial de la Comisión, de 20 de diciembre de 2011, rezaba que "Un acuerdo celebrado entre dos o más poderes adjudicadores no se considerará un contrato público a efectos de lo dispuesto en el artículo 2, punto 6, de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes: (a) que el acuerdo establezca una cooperación genuina entre los poderes adjudicadores participantes para el desempeño conjunto de sus tareas de servicio público e implique derechos y obligaciones mutuos de las partes; (b) que el acuerdo se rija únicamente por consideraciones de interés público; (c) que los poderes adjudicadores participantes no realicen en el mercado libre más del 10 %, en términos de volumen de negocios, de las actividades pertinentes en el contexto del acuerdo; (d) que el acuerdo no implique transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, excepto los correspondientes al reembolso de los costes reales de las obras, los servicios o los suministros; (e) que no exista participación privada en ninguno de los poderes adjudicadores participantes". Además, el párrafo 5 del artículo 11 añadía lo siguiente: "La inexistencia de participación privada contemplada en los apartados 1 a 4 se comprobará en el momento de la adjudicación del contrato o de la celebración del acuerdo. Las exclusiones previstas en los apartados 1 a 4 dejarán de aplicarse a partir del momento en que se efectúe cualquier participación privada, con la consecuencia de que deberá convocarse una licitación para la adjudicación de los contratos vigentes a través de los procedimientos de contratación normales".

29. Cuya enmienda en este punto (n.º 83) clonaba la regla de la cooperación vertical, según la cual "*les pouvoirs adjudicateurs participants ne font l'objet d'aucune participation privée, à l'exception des formes de participation privée sans contrôle ou imposées par la loi, conformément aux traités, qui n'influent pas sur les décisions du pouvoir adjudicateur qui exerce le contrôle*".

30. *Cfr.* Wauters, K., *Cooperative agreements between public authorities...*, *op. cit.*, pág. 166, y Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, *op. cit.*, pág. 528.

F. J. Villar Rojas (2017) ha apuntado acertadamente que la exposición de motivos de la Directiva 2014/23/UE de concesiones acepta expresamente esta participación en su considerando 46: "También debe aclararse que los poderes o entidades adjudicadores tales como los organismos de derecho público que pueden tener una participación de capital privado deben estar en condiciones de hacer uso de la excepción por cooperación horizontal".

Esta flexibilización y normalización debe señalarse especialmente en cuanto tiene de superación de criterios restrictivos señalados anteriormente por esta jurisprudencia[31], pues ahora se admite con naturalidad lo que el considerando 33 de la Directiva 24 ha enunciado como "contratos para la prestación conjunta de servicios públicos", siempre que se guíen por la idea de una cooperación inspirada en el interés público y no falseadora del mercado[32].

Con toda probabilidad, estos nuevos criterios conducirán a un cambio de eje de la autoprovisión desde lo vertical (la lógica del medio propio y del encargo obligatorio, que ha acaparado la atención de los intérpretes jurídicos en los últimos años) a lo horizontal (la lógica de colaboración público-público mediante fórmulas conveniales). E incluso puede predecirse también un escenario más complejo, consistente en la *combinación* de estas técnicas: convenios de colaboración bilaterales o multilaterales con inclusión de medios propios[33].

Tal desplazamiento de eje será animado y acompañado por la exclusión explícita de las traslaciones competenciales interadministrativas que ahora prevén los artículos 1.6 de la Directiva 2014/24/UE y 1.4 de la Directiva 2014/23/UE: "Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y res-

Cfr: "Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales", *REALA*, n.º 7, 2017, pág. 13.

31. S. Arrowsmith, por su parte, ha señalado que el hecho de que el artículo 12 de la Directiva 24 considere excluidas de las directivas las situaciones de autoprovisión –más que exentas de su aplicación– supone una aceptación formal de una interpretación "normal" de tales situaciones, superando así su interpretación restrictiva tradicional por el TJUE. *Cfr*: *The Law of Public and Utilities Procurement*, *op. cit.*, págs. 517 y 527.

32. F. J. Villar Rojas ha analizado el impacto de estos extremos de las directivas sobre el derecho español, en su trabajo "Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales", *op. cit.*, 2017, págs. 5-18.

33. *Vid*. en este sentido el convenio de colaboración recientemente suscrito entre la Xunta de Galicia, la Federación Gallega de Municipios y Provincias y la empresa pública autonómica SEAGA, en materia de prevención y defensa contra incendios forestales, para el establecimiento de un sistema público de gestión de la biomasa en las fajas secundarias (DOG n.º 156, de 17 de agosto de 2018). El convenio cita expresamente como cobertura para excluir la aplicación de la Ley 9/2017 su artículo 6. La cooperación que se instrumenta en este convenio tiene por fin garantizar la prevención de incendios forestales, de modo que se alcance la disminución del número de incendios forestales en las zonas de interfaz urbana, garantizando así el interés público de la seguridad de personas y de bienes. Se prevé un sistema de adhesión voluntaria al convenio por parte de los ayuntamientos. Las actividades materiales de gestión de la biomasa previstas en el convenio son gestionadas por la Administración autonómica de forma directa mediante SEAGA, como entidad instrumental perteneciente al sector público autonómico, sin perjuicio de las obligaciones que asumen las entidades locales. A su vez, las relaciones de los propietarios de montes, destinatarios de la actividad prestacional de SEAGA prevista en el convenio, deben formalizarse a través de un denominado "contrato de gestión de la biomasa", de naturaleza jurídico-privada. El propio convenio fija una tarifa de 350 € por hectárea y año para ese contrato, que será destinada a SEAGA.

ponsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva". Exclusión nada fácil de aplicar a los casos concretos, siempre grises, y que ya ha dado pie a nuevos pronunciamientos interpretativos del TJUE mediante su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, en el asunto *Remondis*[34], que ha venido a aclarar el alcance de la jurisprudencia *Piepenbrock*[35], reinterpretando de nuevo los contenidos de la Directiva de 2004.

Ahora bien, por su propia naturaleza jurídica las directivas están sometidas al desarrollo por los Estados miembros. Estos tienen la obligación de trasponer estas reglas en su derecho interno mediante sus propias estrategias de adaptación de sus normas y sectores públicos[36]. El hecho de que el tenor de las directivas y la jurisprudencia no coincida exactamente, supone una transformación evolutiva que obliga a superar lecturas literales de esta jurisprudencia comunitaria, por lo demás tan frecuentes entre la doctrina española.

34. Sobre el alcance y los requisitos del artículo 1.6 se ha pronunciado la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Remondis* (asunto C-51/15), que giraba sobre si la constitución de un consorcio intermunicipal con la imputación de las correspondientes competencias de prestación de servicios públicos, podía considerarse un contrato público. Materia en la que es también relevante la Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Comisión contra Irlanda* (asunto C-532/03).

35. Se trataba de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Düsseldorf, en torno a si debía calificarse como contrato público un convenio celebrado entre dos entidades territoriales (un *Kreis* o asociación de municipios y un municipio) por el que una de ellas, el *Kreis*, transfería o delegaba al municipio la competencia de limpieza de algunos de sus locales mediante una compensación económica. En su Sentencia de 13 de junio de 2013 (asunto C-386/11), el Tribunal de Justicia contestó que "un contrato como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual, sin establecer una cooperación entre las entidades públicas contratantes dirigida a la realización de una misión de servicio público común, una entidad pública encomienda a otra entidad pública la tarea de limpiar determinados edificios destinados a oficinas, locales administrativos y centros escolares, si bien la primera entidad se reserva la potestad de controlar que se lleva a cabo de manera correcta esta tarea, mediante una compensación económica que se considera debe corresponder a los costes incurridos por la ejecución de dicha tarea, estando además la segunda entidad autorizada a recurrir a terceros que pueden tener capacidad de operar en el mercado para la ejecución de la mencionada tarea, constituye un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18".

36. Como ha destacado V. Janssen, "*Contrary to the common beliefs of many Member States, there is a national discretionary power to provide further clarification of many aspects of this harmonization measure. Article 12 Directive on public procurement appears to be minimum harmonization and, thus, still leaves open many opportunities for the Member States to adopt their own legislation or policy in relation to these important – and widely used – exemptions from public procurement law*"; *cfr.* "The Institucionalised and Non-Institutionalised exemptions from EU Public Procurement Law: towards a more coherent approach?", *op. cit.*, pág. 180.

3
La colaboración público-público en la Ley 9/2017, de contratos del sector público: un modelo de geometría variable (y muy discutible)

3.1
El predominio de una lógica de la sospecha

Frente a un actual diseño europeo claramente favorable a las fórmulas de colaboración público-público, nuestro derecho interno se ha venido caracterizando durante los últimos años por una aproximación predominantemente desconfiada frente a estas técnicas.

Sobre todo a partir de la jurisprudencia sobre encomiendas a medios propios (colaboración público-público vertical), se ha ido imponiendo una lógica de la sospecha, una *communis opinio* que contempla estas técnicas como "montajes orquestados"[37] para posibilitar patologías corruptas de los gestores públicos (adjudicación de contratos a dedo, cesiones ilegales de trabajadores, etc.), o para eliminar ilegítimamente la concurrencia del sector privado.

Por esta razón, el trabajo fiscalizador del Tribunal de Cuentas ha sido especialmente intenso en los últimos años en este ámbito[38]. También la Comisión Nacional de la Competencia decidió redactar un informe específico, de fecha 19 de junio de 2013, sobre "Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia"[39]. La consecuencia de todo ello es una aproximación a estas técnicas como excepciones que deben ser sometidas a una interpretación restrictiva, incluso tras las Directivas de 2014[40].

37. Tomo la expresión del parágrafo 48 de la Sentencia de 9 de junio de 2009, asunto Hamburgo: "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".

38. Véase el resumen de todo este trabajo fiscalizador en la Moción del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un adecuado marco legal para el empleo de las encomiendas de gestión por las Administraciones públicas, de 22 de diciembre de 2016 (n.º 1198), págs. 13-15. Véase también la Moción del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones públicas, de 30 de noviembre de 2010 (n.º 878).

39. Afirma el Informe que "el recurso a las encomiendas, en particular cuando es sistemático, puede suponer condiciones menos ventajosas para las Administraciones demandantes que las que se derivarían de una licitación pública, una limitación de la posibilidad de acceso o expansión a determinados mercados por parte de operadores privados alternativos y una ruptura de la neutralidad competitiva en los bienes y servicios que estas entidades ofertan a otros demandantes, cuando ello sucede" (págs. 6-7).

40. Esta lectura de las directivas comunitarias de 2014 puede verse utilizada con claridad por el Acuerdo 75/2017, de 4 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de

3.2
Y una realidad administrativa a contrapelo

A pesar de ello, lo cierto es que durante los años de recesión económica se ha experimentado una fuerte proliferación de la operativa con encomiendas de gestión y medios propios: la CNC ha señalado que el número de entidades con la consideración de medio propio se ha triplicado en seis años, desde 2007 a 2012, coincidiendo con la crisis económica. Incluso el Informe CORA se ha hecho eco del uso del convenio interadministrativo y de su importancia económica[41]. Son testimonios empíricos del incremento de la utilización de las técnicas de la autoprovisión administrativa durante la coyuntura de la crisis, del cual la atribución formal de la consideración de medio propio, o las numerosas encomiendas de gestión publicadas en diarios oficiales, son fiables marcadores.

Este fenómeno no es nuevo. Como ha ocurrido ya durante otras épocas más o menos recientes de "vacas flacas", las encomiendas interadministrativas y la operativa con medios propios han sido utilizadas con frecuencia como respuesta de los gestores públicos ante las rigideces administrativas (para la dotación de personal público por Capítulo I por la existencia de unas especialmente restrictivas tasas de reposición, o rigideces derivadas de los procedimientos abiertos de contratación administrativa, modificación de contratos, etc.), o ante las propias debilidades de un sector privado endeudado y con malas prácticas ("adicción al modificado", dilación en el cumplimiento de plazos de ejecución, tendencia resiliente a la captura de rentas públicas, etc.). Causas profundas, estructurales, que van bastante más allá de esquemáticas explicaciones del tipo "montaje orquestado para eludir el cumplimiento de las normas de contratación", por decirlo en los términos de la jurisprudencia comunitaria.

De ahí que, en una época que ha hecho de la eficiencia necesidad y virtud, la apuesta por la autoprovisión administrativa mediante el recurso a encomiendas de gestión o encargos a medios propios instrumentales se haya incrementado en la práctica cotidiana del Reino de España, al margen de su comprensión como posibilidades *excepcionales* y, por tanto, sometidas a una estricta interpretación.

Aragón: "Los requisitos para la utilización de medios propios deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las especiales circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella, como se ha puesto de relieve en las sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle* (apartado 46), y de 13 octubre de 2005, *Parking Brixen* (apartados 63 y 65)".

41. *Cfr*. *Informe CORA*, pág. 191.

Pues bien, la sistemática utilizada por el legislador básico de contratos para la trasposición de las directivas sigue siendo tributaria de esta visión "excepcional". Si bien de una primera lectura parece razonable concluir que se han traspuesto con apego literal los nuevos criterios de las directivas de 2014, un análisis más atento permite concluir que la política jurídica que inspira la trasposición española no es fiel a su espíritu, resultando a la postre confusa y poco coherente con su finalidad y sistemática[42].

3.3
Una interpretación distorsionada de las directivas

Frente al proyecto de ley de trasposición de la Directiva 25, que desarrollan en dos artículos (el 25, encargos a medios propios personificados, y el 26, convenios) los denominados "sistemas de cooperación pública excluidos" previstos por la Directiva; y frente a otros derechos internos como el italiano[43], el francés[44] o el portugués[45], la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, rompe la unidad regulatoria de la directiva, dando un tratamiento dispar a las formas de

42. Criticando también las opciones de trasposición de las directivas en este punto, véase Alemany Garcías, J., *Los encargos a sociedades mercantiles de capital íntegramente público como medios propios en la legislación actual*, Atelier, Barcelona, 2017, págs. 42-43. *Vid.* también en un sentido crítico el trabajo de Martínez López-Muñiz, J. L., "Sentido y alcance de la trasposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)", *Revista de Administración Pública*, n.º 202, 2017, págs. 13-41.

43. Véase el artículo 5 del *Codice dei Contratti Pubblici* actualizado tras la Ley de 21 de junio de 2016, incluido en el Título II, relativo a los contratos excluidos en todo o en parte del ámbito de aplicación. En él se recogen todas las formas, verticales y horizontales, de cooperación pública, incluidas las que se dan en base a derechos exclusivos en los sectores especiales.

44. Véase el artículo 17 de la *Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchès publics*, que regula las "exclusiones aplicables a las relaciones internas del sector público" conocidas como *quasi-régie* (operaciones verticales *in house*), y el artículo 18, que regula la cooperación horizontal entre poderes adjudicadores. Los artículos 19 y 20 se dedican respectivamente a las operaciones de provisión entre entidades adjudicadoras y empresas vinculadas.

45. Véanse los nuevos artículos 5 A y 5 B del *Código português de Contratos Públicos*, tras la reforma por Decreto-ley 111/2017, de 31 de agosto. Regulan respectivamente los "contratos en el ámbito del sector público" y su régimen, que queda sujeto "a los principios generales de la actividad administrativa, así como, con las debidas adaptaciones a la naturaleza del contrato, a los principios de la contratación pública prevista en el n.º 1 del artículo 1 A, debiendo siempre mencionarse la norma que fundamenta la inaplicación de la Parte II al contrato en causa. Los contratos susceptibles de calificación como acto administrativo y demás contratos sobre el ejercicio de potestades públicas quedan sujetos a las normas ordinarias del Código de Procedimiento Administrativo, con las necesarias adaptaciones". Sobre ello, véase Tiago Ferreira, D., *Contrataçao in House*, Almedina, Coimbra, 2013; y del mismo autor, "O regime da contrataçao in house à luz das novas Directivas de contrataçao pública", *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 74, 2014, págs. 769-794. Véase también Leitao, A., *Contratos interadministrativos*, Almedina, Coimbra, 2011.

cooperación vertical (que han pasado a denominarse "encargos") y a las formas de cooperación horizontal (entre las que se mantiene la distinción entre "convenios de colaboración" y "encomiendas de gestión").

En efecto, el artículo 6 LCSP, dentro de la sección de la Ley dedicada a enumerar los negocios jurídicos excluidos de su ámbito de aplicación, mantiene la tradicional exclusión de la aplicabilidad de la Ley a los convenios de colaboración. Expresamente se añade ahora la exclusión de las encomiendas de gestión reguladas por el artículo 11 de la Ley 40/2015, cuya regulación extramuros de la legislación básica de contratos se mantiene incólume, en los términos del artículo 6.3 de la Ley 9/2017: "Asimismo, quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público".

Por otro lado, el legislador suprime la vieja exclusión de los encargos (art. 4.1.n) TRLCSP) y los traslada ahora a un hipertrofiado artículo 32.

3.4
Crítica de la exclusión de la encomienda de gestión

Sin embargo, este mantenimiento de la figura de la encomienda de gestión en la Ley 40/2015 como una técnica de alteración de elementos de la competencia administrativa situada extramuros de la LCSP y totalmente excluida de su aplicación, es altamente distorsionadora[46]. No es esa, a mi juicio, su naturaleza propia.

Más bien, esta figura no deja de ser una de las formas que puede adoptar en nuestro derecho administrativo la cooperación horizontal prevista en los artículos 12.4 y 17.4 de las directivas 24 y 23. Preceptos comunitarios que regulan conjuntamente *todas* las modalidades –verticales y horizontales– de autoprovisión y los requisitos cuya concurrencia las despoja de carácter contractual[47].

46. A nuestro juicio, la propia definición positiva de la encomienda de gestión que acomete el artículo 11.2 de la Ley 40/2015 permite concluir que esta ni entraña transferencia de competencia, ni tampoco alteración de la responsabilidad pública detentada por la Administración encomendante: "La encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda". Por esta razón, consideramos que el artículo 1.6 de la Directiva 24 no puede servir de amparo para la exclusión íntegra de la técnica que en nuestro derecho se denomina "encomienda de gestión".

47. En este sentido, sobre la paulatina atracción de la encomienda de gestión al ámbito contractual no cabe sino remitirse a los minuciosos trabajos de Vilalta Reixach, M., *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, en especial págs. 355 y ss.; y posteriormente, "Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 15, 2016, págs. 83-114, así como su trabajo "Los convenios administrativos a la luz de la nueva Ley de contratos del

Esta exclusión absoluta de las encomiendas de gestión del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017 supone, a mi juicio, una incorrecta trasposición de las directivas comunitarias, en la medida en que impide someterlas a las técnicas de control y depuración previstas para las figuras de cooperación entre entidades del sector público; muy señaladamente, a ese mecanismo de control que es el recurso especial en materia de contratación. Recuérdese que una exclusión absoluta de los convenios interadministrativos mereció en su día la sentencia condenatoria de 13 de enero de 2005, y alguna sentencia posterior[48]; y que la exclusión de un negocio similar fue materia del asunto *Piepenbrock*[49]. Es especialmente claro en este sentido el Acuerdo n.º 75/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, que admitió a trámite el recurso presentado por un concejal contra la encomienda de gestión del servicio de limpieza viaria del Ayuntamiento de Huesca a un consorcio local, al amparo del concepto de "decisión" que delimita el objeto de la Directiva de recursos de 2007.

3.5
La exclusión "cuántica" de los convenios: cuando estar y no estar es posible

Ahora bien, mientras que en el caso de las encomiendas de gestión la exclusión o remisión a otra norma especial es total, no ocurre así respecto de los convenios de colaboración interadministrativa[50].

sector público", en Gimeno Feliú, J. M.ª (coord.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 325-367.

48. Sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-220/06. Se trataba de un convenio entre un Ministerio y Correos y Telégrafos por el que se establecía la prestación de diversos servicios postales, más allá del servicio postal universal. Recordando el concepto amplio de "decisión" susceptible de recurso contractual, véase la reciente Sentencia de 5 de abril de 2017, asunto C-391/15.

49. En su Sentencia de 13 de junio de 2013, asunto Piepenbrock (C-386/11), el Tribunal de Justicia critica la construcción del acuerdo de delegación del servicio de limpieza del *Kreise* de Düren a la ciudad de Düren, que incluía una tarifa de compensación de gastos, como una suerte de mandato, y no como una cooperación público-público: "un contrato como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual, sin establecer una cooperación entre las entidades públicas contratantes dirigida a la realización de una misión de servicio público común, una entidad pública encomienda a otra entidad pública la tarea de limpiar determinados edificios destinados a oficinas, locales administrativos y centros escolares, si bien la primera entidad se reserva la potestad de controlar que se lleva a cabo de manera correcta esta tarea, mediante una compensación económica que se considera debe corresponder a los costes incurridos por la ejecución de dicha tarea, estando además la segunda entidad autorizada a recurrir a terceros que pueden tener capacidad de operar en el mercado para la ejecución de la mencionada tarea, constituye un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18".

50. Recuérdense las definiciones del artículo 47 de la Ley 40/2015: son convenios interadministrativos los "firmados entre dos o más Administraciones públicas, o bien entre dos

Su regulación, ahora contenida en el artículo 6 LCSP, incorpora los criterios de la jurisprudencia *Hamburgo*, que despojan de naturaleza contractual a las operaciones de cooperación público-público[51], y que se han plasmado en los artículos 12.4 y 17.4 de las directivas 24 y 23 respectivamente.

Así, al límite "clásico" de la validez de los convenios (que su objeto no coincida con el de algún contrato típico de la propia Ley o de normas administrativas especiales, criterio reiterado por el artículo 47.1.3.º de la Ley 40/2015)[52], el artículo 6 ha añadido tres nuevos parámetros:

- Que las entidades intervinientes no tengan *vocación de mercado*, introduciendo aquí la regla cuantitativa prevista por el artículo 12.4 de la Directiva: se presume la existencia de vocación de mercado cuando la entidad colaboradora realice en el mercado abierto un porcentaje igual a superior al 20 % de las actividades objeto de colaboración. Si no hay vocación de mercado, no puede falsearse la competencia que le es propia.
- 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. Tales objetivos no tienen por qué ser idénticos. Basta con que sean complementarios.
- Que el desarrollo de la cooperación se guie únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

Estos criterios, así pues, se han añadido a la "aumentada" regulación básica de la Ley 40/2015 (artículos 47 a 53), y deberán ser objeto de interpretación para su articulación sistemática, en particular con otras normas sectoriales especiales básicas (como son, por ejemplo, la regulación de los convenios que articulan subvenciones directas en la Ley General de Subvenciones de

o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas". Son convenios intraadministrativos los "firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración pública". El propio artículo 11.3.b) de la Ley 40/2015 obliga a que las encomiendas de gestión, cuando se realicen entre órganos y entidades de derecho público de distintas Administraciones, deban formalizarse mediante firma del correspondiente convenio entre ellas.

51. *Vid.* sentencias TJUE *Comisión contra Alemania*, asunto C-480/06; *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, asunto C-159/11; y *Piepenbrock*, asunto C-386/11.

52. Cuyo origen se sitúa en la Sentencia de 13 de enero de 2005 al Reino de España (asunto C-84/03), que declaró contrario a las directivas de contratación el excluir sin matices los convenios de colaboración del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2003, o la propia LBRL). La doctrina más atenta no ha dejado de señalar las incoherencias y perturbadoras consecuencias de la política jurídica seguida en este punto por el legislador básico[53].

Señalemos, por ejemplo, la importancia del último criterio apuntado, la vinculación entre la cooperación y la satisfacción del interés público.

3.6
En especial, la finalidad o causa colaborativa y la exclusión de la onerosidad

Este parámetro jurídico proporciona un elemento decisivo, a nuestro entender, para poder distinguir con razonable nitidez cuándo estamos ante un convenio genuino y cuándo ante un contrato "disfrazado" de convenio.

Una distinción muy difícil en no pocos supuestos, y que resulta ahora legalmente obligatoria para todos los gestores y gestoras por mor del tenor literal del artículo 50.1 de la Ley 40/2015: "Sin perjuicio de las especialidades que la legislación autonómica pueda prever, será necesario que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de lo previsto en esta Ley".

Aunque nuestro derecho sigue optando por un criterio "objetivo" (que el objeto del convenio no coincida con el de algún contrato típico), tal parámetro no deja de ser una quimera en una sociedad capitalista desarrollada, en la que las posibles prestaciones contractuales disponibles en el mercado han alcanzado el desarrollo tan minucioso que se plasma hoy en el CPV; razón por la cual muchos convenios administrativos de cooperación interadministrativa en los que hay intercambio de prestaciones y cobertura de costes para la utilización conjunta de recursos (art. 48.3 Ley 40/2015) podrían reconducirse sin dificultad a alguno de los objetos contractuales previstos en el CPV y, por tanto, deberían merecer la calificación de contratos[54].

53. Véase en este sentido el análisis de Huergo Lora, A., "Los convenios administrativos y la legislación de contratos públicos", *REALA*, n.º 8, 2017, págs. 5-26, quien afirma con razón que "en nuestra legislación hemos llegado al absurdo de aplicar cumulativamente dos exigencias que son incompatibles entre sí", añadiendo que "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 conocedora 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 esta ha venido precisamente a sustituirlo" (*cfr. op. cit.*, págs. 7 y 15).

54. En esta idea coincide también Villar Rojas, F. J., "Los convenios para la prestación conjunta de servicios...", *op. cit.*, pág. 9, autor que, sin embargo, considera que estos conve-

Sin embargo, a nuestro juicio, de conformidad con la nueva regulación de las directivas, la imputación de naturaleza contractual o colaborativa respecto de un determinado negocio jurídico no depende ya del objeto –que puede perfectamente coincidir con el de un contrato típico–, sino de su *causa colaborativa*, tal y como se diseña por el párrafo cuarto de los artículos 12 y 17 de las directivas.

Desde este punto de partida, la causa colaborativa debe interpretarse jurídicamente entre nosotros ya no en los términos civiles del artículo 1274 CC ("En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte", es decir, el intercambio mutuo de prestación y contraprestación), sino en los términos ahora introducidos por el artículo 2 de la Ley: "Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta"[55]. Es decir, la onerosidad gira aquí en torno a la obtención del beneficio económico por las partes, de modo que la simple compensación de gastos que excluya un margen de beneficio no daría lugar a la existencia un contrato oneroso. De ahí que en los negocios jurídicos cooperativos no pueda existir beneficio económico para sus partes[56].

Ahora bien, debe destacarse que este nuevo concepto interno de onerosidad puede colisionar con el concepto manejado hasta ahora por el Tribunal de Justicia[57], por lo que no cabe descartar el planteamiento en el futuro de una cuestión prejudicial al respecto.

---

nios para la prestación conjunta de servicios se caracterizan precisamente por ser onerosos; interpretación de la onerosidad que puede ser correcta dogmáticamente, pero que a mi juicio veda el artículo 2 de la Ley cuando dota de contenido positivo preciso el concepto de onerosidad. Por su parte, A. Huergo opina que "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". *Cfr. op. cit.*, pág. 18.

55. El artículo 3 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra, reitera la fórmula: "Se entenderá que concurre el carácter oneroso cuando el contratista obtenga algún beneficio de tipo económico, ya sea forma directa o indirecta".

56. El Consejo de Estado lo ha señalado así: "no puedan calificarse como convenios de colaboración excluidos de la legislación de contratos las relaciones entre entidades públicas que puedan ser objeto de un contrato de naturaleza onerosa, pues la onerosidad es el único requisito que impone el artículo 2.1 del Anteproyecto para calificar los contratos sujetos a su regulación. Este planteamiento deja sin contenido la exclusión e impide que los convenios sean la forma normal de relacionarse entre los entes públicos, lo cual debe ser ponderado". *Cfr.* Informe del Consejo de Estado n.º 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de Ley, pág. 63.

57. *Vid.* la Sentencia de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, parágrafos 47 a 49: "47. Solo un contrato celebrado a título oneroso puede constituir un contrato público a los efectos de la Directiva 2004/18. 48. El carácter oneroso del contrato

Sea como fuere, al regular así el legislador español el concepto de contrato público, convenios y encargos se homologan entre sí, pues ambos negocios jurídicos comparten el régimen de compensación por coste real.

Coste real que ha pasado a caracterizar ahora el régimen básico de los medios propios (artículo 32.2.a] *in fine* de la Ley 9/2017: "Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio") y los convenios de colaboración (artículo 47.6 de la Ley 40/2015: "Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio"). Una consecuencia clara de su pertenencia al género común de las operaciones de autoprovisión administrativa, que se caracteriza por excluir el margen de beneficio mercantil propio de la operativa de mercado[58].

Probablemente por esta naturaleza colaborativa común se ha permitido la participación privada entre las autoridades cooperantes, frente a la exclusión de esta participación que figuraba en la propuesta inicial de la Comisión.

---

implica que el poder adjudicador que haya celebrado un contrato público de obras reciba mediante el mismo una prestación a cambio de una contraprestación. Esta prestación consiste en la realización de las obras que la entidad adjudicadora prevé obtener (véanse las sentencias de 12 de julio de 2001, Ordine degli Architetti y otros, C-399/98, Rec. p. I-5409, apartado 77, y de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 45). 49. Tanto por su naturaleza como por la estructura y los objetivos de la Directiva 2004/18, dicha prestación debe conllevar un beneficio económico directo para el poder adjudicador". Esta interpretación se reitera en la Sentencia de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17, que presenta el interés añadido de que la onerosidad se maneja como criterio fundamental para otorgar carácter contractual a una colaboración en el suministro de medicamentos articulada a través de convenio entre hospitales públicos y privados italianos.

58. Sobre esto, véase en particular la Sentencia de 11 de diciembre de 2014, asunto C-113/13, *Azienda sanitaria locale nº 5*, que concluye que "Los artículos 49 TFUE y 56 TFUE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que prevé que el suministro de los servicios de transporte sanitario de urgencia y de extrema urgencia debe confiarse, con carácter prioritario y mediante adjudicación directa, sin ningún tipo de publicidad, a los organismos de voluntariado con los que se haya celebrado un convenio, siempre que el marco jurídico y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria en los que descansa esa normativa". La precedente Sentencia de la Gran Sala de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce) había afirmado en su parágrafo 29 que "como expuso la Abogado General en los puntos 32 a 34 de sus conclusiones, y como se deriva del sentido normal y habitual de los términos 'con carácter oneroso', un contrato no deja de ser un contrato público por el mero hecho de que su retribución se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado". En cuanto al contrato de consultoría firmado entre la entidad local italiana y la Universidad del Salento, "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".

Lo cual constituye una de las mayores novedades de las directivas en esta materia[59]. Hay que señalar, sin embargo, que, frente a la permisión de participación de capital privado entre los sujetos públicos que traban relaciones de cooperación horizontal, la Ley 9/2017 ha prohibido tal participación cuando se trata de relaciones de cooperación vertical (encargos), exigiendo la titularidad pública al 100 % sobre el capital o dotación del medio propio. Y ello, a pesar de que la Directiva contemplase la posibilidad de excepcionar tal criterio en el artículo 12.1.c)[60].

Este distinto régimen de la participación privada hará que los gestores giren su vista hacia la operativa horizontal (mediante convenio) cuando se trate de autoprovisionarse con entidades de derecho privado en cuyo capital o dotación participe el sector privado (fundaciones públicas y sociedades públicas mixtas). Como ha señalado F. J. Villar Rojas, "nada se opone a esta fórmula"[61]. De hecho, el espaldarazo a las fórmulas horizontales va a suponer con toda probabilidad la extensión de lo que podríamos denominar "fórmulas mixtas" (combinatoria de convenio y encargo) de autoprovisión; unas fórmulas ya acuñadas y usadas normalmente por TRAGSA para montar su operativa con entidades locales que no poseen participación en su capital social. Tal operativa, amparada por el artículo 2.4 del Real Decreto 1072/2010, de 20 de agosto, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales, consiste en que

59. *Cfr*. Wauters, K., *Cooperative agreements between public authorities*, *op. cit.*, pág. 161.

60. "Que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, **con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los Tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada**". La negrita es nuestra.

61. *Cfr*. "Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales", *op. cit.*, pág. 13. Sin embargo, cabe señalar que la solución adoptada por la Ley Foral 2/2018, de Contratos Públicos de Navarra, en su artículo 7, es restrictiva, y excluye explícitamente la utilización de convenios cuando entre las entidades conveniantes haya alguna con participación privada: "i) La cooperación horizontal para gestión competencial conjunta en actividades no industriales o mercantiles con fines de eficacia y eficiencia, que se deberán articular mediante convenio. La exclusión requerirá que:

1.º El convenio establezca una auténtica cooperación entre los poderes adjudicadores participantes para la ejecución conjunta de obligaciones de servicio público, con fijación de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución.

2.º El convenio se rija exclusivamente por consideraciones de interés público.

3.º Los poderes adjudicadores participantes no realicen en el mercado más de un 20 % del volumen de negocios obtenido merced a las actividades pertinentes en el marco del acuerdo.

4.º El convenio no conlleve transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, excepto las correspondientes al reembolso del coste real de las obras, los servicios o los suministros.

5.º En ninguno de los poderes adjudicadores exista participación privada".

el Ministerio firma un convenio con la entidad local, y una vez hecha la cooperación horizontal, el Ministerio encarga a TRAGSA mediante cooperación vertical (encargo) las obras o servicios necesarios para su ejecución[62]. La Ley foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra, ha respaldado legalmente la utilización de este tipo de fórmulas[63].

Consecuencia crucial del distinto tratamiento dado a la cooperación horizontal y vertical por la Ley 9/2017 es el hecho de que el artículo 44.2.e) de la Ley 9/2017 solo haya abierto explícitamente el recurso especial a los encargos que no cumplan con los requisitos legales, pero no a los convenios interadministrativos o las encomiendas de gestión. Esto es, en nuestra opinión, simplemente incoherente con el efecto útil de las directivas de contratos y de recursos, tal y como ya se ha reconocido por algunos tribunales administrativos de contratos (así, el Acuerdo del Tribunal de Recursos Contractuales de Aragón n.º 75/2017, de 4 de julio)[64] y por el TJUE. Este distinto régimen de garantías llevará también probablemente a que los operadores opten por

62. Dice así el artículo 2.4 mencionado: "TRAGSA y sus filiales, en virtud de su condición de medios propios instrumentales, podrán ser aportadas por la Administración General del Estado o las comunidades autónomas en sus relaciones de cooperación con otras Administraciones o sujetos jurídico-públicos. Esta relación de cooperación se instrumentará a través de un convenio de colaboración entre las Administraciones o sujetos jurídico-públicos interesados, que especificará el interés público común que justifique la suscripción del convenio, las actuaciones a desarrollar, y la aportación de cada una de las partes. El Estado o la comunidad autónoma comunicarán a TRAGSA y a sus filiales la suscripción de estos convenios y le encomendarán las actuaciones necesarias para la ejecución de lo dispuesto en los mismos".

63. Artículo 8.6: "En el marco de los convenios de colaboración citados en la letra h) del apartado 1 del artículo 7 de esta Ley Foral, los entes instrumentales podrán ser aportados por la entidad de la que dependan con objeto de ser empleadas en las relaciones de cooperación establecidas en esos acuerdos. Cada convenio de colaboración deberá especificar el interés público común que justifique la suscripción del mismo, las actuaciones a desarrollar y la aportación que corresponde a cada una de las partes".

64. Un concejal recurrió la encomienda de gestión del servicio municipal de limpieza a un consorcio local aragonés, el Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos, para su ejecución posterior a través de un medio propio, una empresa 100 % pública. Con independencia de que se trataba de una encomienda de gestión instrumentada mediante convenio, el TACPA se consideró competente para conocer del fondo del asunto con base en el derecho comunitario, y consideró que se trataba de un uso fraudulento del encargo a medio propio, que trataba de eludir la normativa sobre contratación. En este Acuerdo se afirma que los supuestos objeto de recurso especial deben interpretarse conforme a la jurisprudencia del TJUE y el nuevo marco regulatorio europeo (directivas 23, 24 y 25 de 2014). Se hace también referencia al Informe 19/2016, de 28 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, y a la sentencia del TJUE de 5 de abril de 2017, asunto Marina del Mediterráneo contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía. Argumenta el Tribunal aragonés que "Toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del derecho de la Unión en materia de contratación pública, y sea susceptible de infringirlas, está sujeto al control jurisdiccional de la Directiva". Se anula la decisión impugnada por tratarse de un encargo a medio propio que no es conforme al derecho vigente (nacional y europeo) y que esconde una adjudicación directa de un contrato público.

instrumentos horizontales –en teoría no recurribles mediante recurso especial– antes que verticales.

La regulación en sede contractual de los convenios nos obliga a trabajar "en estéreo" con las reglas básicas previstas por la Ley 40/2015, teniendo siempre presente que, en caso de posibles antinomias, los conflictos entre las normas básicas reguladoras de los convenios de colaboración deberán resolverse, a nuestro juicio, con el criterio de la *lex posterior derogat lex anterior*, dando prevalencia, por tanto, a las normas contenidas en la Ley 9/2017.

El hecho de que muchas normas de derecho autonómico contemplen reglas sobre los convenios de colaboración interadministrativa, obliga también a plantearse qué ocurre cuando esas normas autonómicas propias ofrecen soluciones alternativas, no exactamente coincidentes con las básicas contenidas en las leyes 40/2015 y 9/2017. A la espera de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el alcance de lo básico en la Ley 9/2017, a través del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno aragonés[65], parece claro que no serían viables normas autonómicas frontalmente contrarias a la normativa básica, especialmente cuando lo básico se ha concebido de una manera tan minuciosa que casi agota la regulación; pero sí serían viables normas autonómicas que desarrollen las reglas básicas de autoprovisión, en el ámbito de la autoorganización del sector público autonómico correspondiente, cuando hay margen de desarrollo de lo básico.

3.7
El mapa de la colaboración público-público: art. 31 LCAP

El artículo 31 de la LCSP constituye lo que podemos denominar un *precepto-esquema*: traza el mapa de las posibles formas de cooperación pública, sin contenido contractual, que resultan legalmente viables entre las entidades pertenecientes al sector público. Estamos ante un precepto paradójico, que no debería figurar en la Ley de contratos, sino probablemente en la Ley 40/2015, dado que desarrolla y complementa lo previsto por un artículo, el 6 de la LCSP, que precisamente excluye estos negocios cooperativos de su ámbito objetivo de aplicación.

65. Recurso de inconstitucionalidad n.º 4261-2018, promovido por el Gobierno de Aragón contra diversos artículos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE del 8 de septiembre). Por lo que ahora nos interesa, el Gobierno aragonés ha impugnado los apartados 1, 2, 4, 6 y primer párrafo de la letra b), del apartado 7 del artículo 32.

Para cooperar en el cumplimiento de sus respectivas misiones de servicio público, en el uso de su potestad de autoorganización las entidades pertenecientes al sector público pueden cooperar de TRES maneras:

a) Mediante **sistemas de cooperación vertical consistentes en el uso de medios propios personificados** en el sentido y con los límites establecidos en el artículo 32 para los poderes adjudicadores, y en el artículo 33 para los entes del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador, mediante el oportuno acuerdo de encargo.

   Se establecen dos regímenes en función de si el ente del sector público encomendante recibe o no la calificación de poder adjudicador, calificación que dependerá del juicio singular –y no pocas veces difícil– de contraste de los criterios previstos a tal efecto por el artículo 3 para la inclusión en el sector público (art. 3.1) y la exclusión de la noción de poder adjudicador (art. 3.3).

b) Mediante **sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público**, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6, que ya hemos expuesto.

c) Mediante **realización conjunta de contrataciones esporádicas**. Se trata de un nuevo contenido del precepto, introducido mediante enmienda en el Congreso de los Diputados[66], que traspone la previsión del artículo 38 de la Directiva 2014/24 sobre contratación conjunta esporádica. Sin embargo, es de notar que no se especifica cómo se deben instrumentar jurídicamente estas contrataciones esporádicas, aunque todo apunta a la necesidad de un convenio o acuerdo de colaboración[67]. En este punto, consideramos que el margen de desarrollo de las comunidades autónomas es amplio.

66. En concreto, la enmienda núm. 38, del G.P. Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, cuya justificación es la siguiente: "Se trata de trasponer de una forma más completa y adecuada el artículo 38 de la Directiva 2014/24, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública, para que quede más y mejor clarificada la posibilidad de la contratación conjunta esporádica, lo que sin duda conviene fomentar especialmente entre entidades locales, pero también entre las demás entidades del sector público, en aras de una mayor eficiencia en la contratación. Para ello es necesario también numerar el artículo y dividirlo en tres apartados".

67. Valgan dos ejemplos sectoriales. El artículo 56 de la Ley gallega 1/2015, de garantía de la calidad de los servicios públicos y de la buena administración, regula los denominados "convenios de colaboración para la cogestión", para el caso de aquellos servicios públicos que sean prestados mancomunadamente por dos o más Administraciones. Por su parte, el artículo 15 de la Ley gallega 14/2013, de racionalización del sector público autonómico, regula con detalle los "acuerdos de colaboración o cooperación para la financiación conjunta de contratos para la satisfacción de una finalidad común".

3.8
La hipertrofia de la regulación de la operativa vertical

A partir de aquí, la Ley 9/2017 desgrana una regulación mucho más densa respecto de la operativa vertical, en consonancia con las novedades incorporadas por los artículos 12 y 17 de las directivas.

Los artículos 32 y 33, en particular, contienen múltiples acotaciones aplicables a los encargos a medios propios personificados por parte de poderes adjudicadores (art. 32) y de entidades del sector público que no sean poder adjudicador (art. 33), es decir, que tengan una finalidad mercantil o industrial y operen en mercados abiertos[68].

Esas acotaciones son de *naturaleza básica*, dictadas al amparo del art. 149.1.18ª[69], y se aplicarían a todo el sector público. En general, se inspiran en nuestra tradicional concepción restrictiva de la utilización de medios propios[70].

La LCSP, además, ha añadido movimiento extravagante en su disposición final segunda: "En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público". Dado que esta disposición final segunda tiene carácter básico, de conformidad con la disposición final primera, todo indica que el legislador ha querido convertir sobrevenidamente en normativa supletoria básica –por tanto, de aplicación general para todas las Administraciones– el contenido del artículo 86 de la Ley 40/2015, incluidas sus obligaciones de control de

68. La Recomendación de 5 de octubre de 2018 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JUR\2018\277860), relativa a la interpretación del artículo 33 LCSP, explica así el criterio del legislador: "(...) el hecho de que el legislador español haya regulado los encargos en que intervienen poderes adjudicadores en el artículo 32 de forma congruente con lo que establece la Directiva y la Jurisprudencia no impide que pueda también regular voluntariamente los requisitos de los encargos que realicen entidades del sector público que no son poderes adjudicadores precisamente porque no ejercen esas funciones de carácter público que cualifican su actuación desde el punto de vista jurídico y que garantizan la aplicación de la normativa comunitaria sobre negocios in house. En este caso el legislador español va más allá de lo que exige la propia Directiva y añade una regulación de esta figura respecto de las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores, estableciendo una serie de requisitos y condiciones para poder utilizar la figura del encargo a medios propios también en este supuesto. Y lo cierto es que perfectamente el legislador podría haber prescindido de esta regulación, que como es lógico, no está en la Directiva y que hubiese permitido acudir a esta figura sin límite ni requisito alguno".

69. Véase disposición final primera (títulos competenciales). Sin embargo, debe matizarse que esta misma disposición final excluye de naturaleza básica la letra c) del apartado 5 del artículo 32.

70. Para un análisis más sistemático de las novedades introducidas en la Ley 9/2017, me remito a mi trabajo "Los encargos a medios propios e instrumentales. ¿Hacia un nuevo comienzo?", en Gimeno Feliú, J. M.ª, *Comentarios a la Ley 9/2017, de contratos del sector público*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 369-410.

eficiencia en la creación y el funcionamiento de medios propios, así como de instalación de "collar" ("M.P") en sus denominaciones[71].

Como puede observarse, la Ley se ha preocupado de aumentar los filtros y requisitos de idoneidad de los medios propios, tanto sobre la propia atribución de tal condición como sobre la justificación en los encargos singulares. En este sentido, la Ley 9/2017 establece una serie de nuevas obligaciones de verificación y publicidad (art. 32.2.d], art. 32.6) en ambos planos, que se añaden a las previstas por el artículo 8 de la Ley 19/2013 (que atañe a la publicidad en las encomiendas en los portales de transparencia)[72].

Por expresarlo brevemente: el legislador ha hecho un esfuerzo por mejorar la eficacia del sistema legal de "levantamiento del velo" de los encargos verticales. Aunque ello merezca el aplauso, de nuevo la técnica legislativa opta por una superposición –poco diáfana– de controles sobre los encargos, que difieren y desequilibran el tratamiento de los negocios jurídicos colaborativos por convenio. Por lo demás, el legislador estatal básico no ha aguantado ni cuatro meses sin ampliar el restrictivo régimen de limitación de la externalización parcial de los encargos que se incorporaba en el párrafo séptimo del artículo 32[73].

¿Y qué pasa con todo ello en el mundo local?

4
Problemas abiertos de la colaboración público-público en el derecho local tras la Ley 9/2017

4.1
La convivencia con el enfoque eficientista

Un primer problema se refiere a las relaciones de esta regulación de la LCSP con la reforma "eficientista" introducida a partir del 31 de diciembre de 2013

71. Pese a lo cual, la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra, ha desterrado la denominación "medios propios", y se refiere, mucho más ampliamente, a los "encargos a entes instrumentales", en su artículo 8.

72. La Comisión Nacional de la Competencia subrayaba en su informe de 2013 que "existen importantes deficiencias, claroscuros y omisiones en el grado de información pública de las encomiendas de gestión. Sin perjuicio de los mencionados ejemplos y de que la práctica de determinadas Administraciones en particular sea más favorable a la publicidad, el nivel general de transparencia en relación con la asignación, contenido y ejecución de las encomiendas de gestión es considerablemente bajo" (*op. cit.*, pág. 10).

73. Con efectos desde el 5 de julio de 2018, el artículo 32.7 ha sido modificado por la disposición final 44 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Se trata de una importante modificación del régimen de subcontratación, que habilita tres nuevas excepciones a la regla de prohibición de contratación de prestaciones parciales por importe superior al 50 % de la cuantía del encargo.

por la LRSAL en las formas de personificación instrumental para la prestación de los servicios públicos locales.

En efecto, de la nueva redacción dada al artículo 85.2 LBRL se desprende que solo puede hacerse uso de las sociedades mercantiles locales de capital público para la gestión directa de servicios públicos cuando quede acreditado en el expediente "mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) [gestión por la propia entidad local] y b) [gestión por organismo autónomo local], para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera". Este expediente aparece desarrollado con detalle por el artículo 97 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local de 1986.

Se trata de una reforma "endógena", no vinculada directamente a las directivas comunitarias de contratación pública.

Pues bien, este enfoque eficientista de la LRSAL ha sido "reduplicado" por el legislador de contratos, al haber proclamado como básico "por defecto" el artículo 86 de la Ley 40/2015, relativo a los medios propios, para todas las Administraciones territoriales en virtud de la disposición final segunda de la LCSP[74].

Este enfoque delimita la discrecionalidad administrativa a la hora de seleccionar las formas de prestación directa de los servicios públicos locales mediante la creación de personificaciones instrumentales o, también, mediante la utilización de personificaciones ya existentes.

El enfoque, en fin, se repite *por triplicado ejemplar*, pues no cabe olvidar la exigencia de acreditar la eficiencia en los expedientes de convenios administrativos (artículos 48.3 y 50.1 de la Ley 40/2015).

El impacto práctico de esta reforma puede contemplarse mediante el caso resuelto por la Sentencia n.º 160/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 26 de febrero do 2018 (relator, Julio Luis Gallego Otero). Esta

74. "En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente Ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público".

sentencia anuló, a instancias de la contratista FCC, el acuerdo municipal del Ayuntamiento de Grado de 16 de febrero de 2016, por el que se aprobaba la recuperación o "reinternalización" de la gestión directa del servicio público de limpieza viaria; pero al mismo tiempo dio por válida la encomienda obligatoria de la prestación del servicio de recogida de residuos sólidos al medio propio Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos de Asturias, con base en lo siguiente (FJ 4):

> *(...) no solo ha existido motivación formal en los acuerdos impugnados adoptados con la cobertura de informes jurídicos y económicos, sino que de estos se deduce la justificación del cambio de prestación del aludido servicio público al no requerir ni mayor consignación presupuestaria; y que la diferencia de coste es inapreciable (poco más de 300 euros en una cuantía de 321 491,45 euros), para lo cual la sentencia apelada tiene en cuenta la memoria y el estudio presentado por COGERSA. De estos elementos extrae la consecuencia que el cambio está justificado, desde un punto de vista técnico, económico y jurídico, y no se aprecia que la opción elegida sea inadecuada o carezca de motivación, ni que por tanto una forma de gestión sea indudablemente superior a la otra en términos de sostenibilidad y eficiencia (...) Acreditado que no existe diferencia ni cualitativa ni cuantitativa entre ambos modelos, no cabe duda que la gestión directa es jurídica y económicamente viable, siendo una de las opciones que tiene la Administración para prestar los servicios públicos que le competen, y frente a esta decisión consecuencia del libre ejercicio de sus potestades y de la autonomía municipal, no se puede oponer salvo que se demuestre su ilegalidad o arbitrariedad, otra de las posibilidades de gestión de los mismos.*

Como puede apreciarse claramente en esta Sentencia, la colaboración público-público vertical constituye una opción a evaluar preferentemente en los procesos de reconfiguración de las técnicas de prestación de los servicios públicos locales que se están produciendo en los últimos años en el Reino de España, precisamente porque no es difícil justificar una mayor eficiencia en la prestación mediante medios propios, especialmente cuando se trata de prestaciones de servicios, que han pasado a no estar sujetas al IVA del 21 %[75].

75. Recuérdese que en materia de tributación del IVA de los encargos, la disposición final décima de la LCSP volvió a modificar el número 8º del artículo 7 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto del Valor Añadido (ya modificado por Ley 28/2014, de 27 de noviembre), añadiendo un nuevo apartado que establece la no consideración como operaciones sujetas a este impuesto de los servicios prestados entre las entidades que tengan la condición de medio propio, íntegramente dependientes de la misma Administración Pública.

Otro caso muy interesante se ha planteado en la Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público n.º 113/2018, de 20 de junio, que inadmite varios recursos especiales acumulados contra los acuerdos del pleno del Ayuntamiento de Terrassa de 22 de marzo de 2018, aprobatorios del encargo de la prestación del servicio de abastecimiento de agua a la ciudad de Terrassa a una EPEL de nueva creación (Terrassa Cicle de l´Aigua). Esta Resolución posee el interés añadido de ser el primer recurso especial presentado contra un encargo obligatorio con base en el incumplimiento de los requisitos del artículo 32. El órgano de contratación se opuso a su admisión, por considerar que no estábamos ante un encargo obligatorio susceptible de recurso especial, y esta es la línea que finalmente escoge el Tribunal para inadmitir el recurso con base en el artículo 1.6 de la Directiva 24:

> *En el cas objecte de recurs, l'Ajuntament de Terrassa crea una EPEL amb les característiques del primer supòsit, per la qual cosa resulta que la pròpia empresa municipal és l'instrument de gestió directa del servei públic d'abastament de l'aigua en termes globals i no només per a l'execució d'activitats materials singulars vinculades al servei. Des d'aquesta perspectiva, l'acord pel qual s'acorda la prestació directa del servei mitjançant la EPEL se situa dintre del perímetre de les potestats d'autoorganització per les quals es transfereixen competències i responsabilitats entre poders adjudicadors en els termes de l'article 1.6 de la Directiva 2014/24/UE.*

Hasta el momento, la única innovación de la normativa local que ha tratado de adaptarla al nuevo marco regulatorio se ha producido por una vía tan discutible como discreta. Me refiero a la aplicación, a partir del 18 de marzo do 2018, del Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, cuya inserción en la estructura de fuentes del derecho local ha sido recientemente validada por la STC 79/2018, de 5 de julio. Su artículo 13 establece qué aspectos entran dentro de la fiscalización limitada previa, y remite a un acuerdo del Consejo de Ministros la determinación de los aspectos "trascendentes" del proceso de gestión del gasto[76].

76. Literalmente, deben fiscalizarse "Aquellos otros extremos que, por su trascendencia en el proceso de gestión, se determinen por el Pleno a propuesta del presidente previo informe del órgano interventor. A estos efectos, con independencia de que el Pleno haya dictado o no acuerdo, se considerarán, en todo caso, trascendentes en el proceso de gestión los extremos fijados en el Acuerdo del Consejo de Ministros, vigente en cada momento, con respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos, en aquellos supuestos que sean de aplicación a las entidades locales, que deberán comprobarse en todos los tipos de gasto que comprende".

Ese acuerdo, publicado ya en el BOE de 2 de agosto[77], contiene en su punto 8.2 las normas específicas de control de los encargos a medios propios regulados en el artículo 32 LCSP que deberán aplicar las entidades locales.

4.2
La incertidumbre de la colaboración público-público en los sectores del agua y los transportes

Uno de los ámbitos en el que las formas de colaboración público-público están llamadas a tener un mayor protagonismo y desarrollo es el de los sectores excluidos. En concreto, es el ámbito local el que atiende las necesidades de agua y transportes de los ciudadanos. Y en este punto, la falta de trasposición de la Directiva 25 en plazo proyecta desde el 18 de abril de 2016 un escenario de inseguridad jurídica, caracterizado por el efecto directo de los preceptos relativos a la colaboración público-público. Escenario que se mantendrá hasta que se culmine la tramitación del proyecto de ley que la trasponga[78].

4.3
Los márgenes de desarrollo autonómico del derecho estatal básico

En el actual grado de desarrollo de nuestro Derecho Público, la dispersión de perspectivas reguladoras de la autoprovisión en tres grupos normativos (el de la organización, contratos y defensa de la competencia), y la focalización dogmático-formal sobre las categorías de convenio, encomienda de gestión y encargo, produce un escenario asistemático nada propicio para el correcto desarrollo y control jurídico de estas técnicas.

Títulos competenciales de distinta naturaleza y relevancia se entremezclan y confunden: leyes básicas de contratación que entran en temas organizativos; leyes autonómicas de contratación que desarrollan directamente el de-

77. Resolución de 25 de julio de 2018, de la Intervención General de la Administración del Estado, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de julio de 2018, por el que se da aplicación a la previsión de los artículos 152 y 147 de la Ley General Presupuestaria, respecto al ejercicio de la función interventora en régimen de requisitos básicos en el ámbito de los contratos del sector público y encargos a medios propios. Este Acuerdo ha modificado los apartados correspondientes del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, que sigue manteniendo su vigencia general.

78. La Comisión Europea ya ha comenzado a imponer multas coercitivas a los Estados miembros que no han traspuesto correctamente la Directiva 25. *Vid.* en este sentido el Recurso interpuesto el 6 de febrero de 2018 por la Comisión Europea contra la República de Austria, asunto C-76/18, y el interpuesto el 7 de febrero de 2018 contra Luxemburgo, asunto C-88/18. Este asunto ha sido archivado ya mediante Auto de 29 de mayo de 2018. La Comisión anunció a finales de 2017 su intención de abrir expediente a España y Eslovenia.

recho comunitario; leyes básicas de organización administrativa que regulan las relaciones de colaboración (convenios) y la utilización de medios propios en el conjunto del sector público (por tanto, también los del sector público local) con un alcance básico por defecto de la propia LCSP; leyes autonómicas de organización administrativa que desarrollan minuciosamente la organización y operativa de los medios propios; leyes autonómicas de transparencia que aumentan las obligaciones de publicidad de los encargos... Y, como colofón, una ley básica de régimen local que regula apenas indirectamente la operativa con medios propios desde una perspectiva meramente eficientista.

La ausencia de una regulación especial básica del conjunto de las técnicas de colaboración público-público provoca una densidad normativa de naturaleza básica muy fragmentada. Esta heterogeneidad propicia la apertura a la regulación de soluciones de desarrollo por los derechos autonómicos, siempre que respeten los márgenes señalados reiteradamente por el Tribunal Constitucional (el objeto de la legislación básica estatal en materia de contratación es el de proporcionar las garantías de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un trato común por parte de todas las administraciones públicas)[79] y, obviamente, por las Directivas de 2014.

El margen es, pues, indudable, y de hecho, ya ha sido utilizado por el legislador navarro, que ha aprobado ya su propia regulación de los "encargos a entes instrumentales" mediante la Ley foral 2/2018, de 13 de abril, de contratos públicos de Navarra (artículo 8), con distintas novedades de interés. El Gobierno vasco ya había aprobado una regulación específica mediante los artículos 60 a 64 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, línea también seguida por el artículo 9 del Decreto 14/2016, de 11 de marzo, por el que se aprueba el texto consolidado del Decreto sobre contratación de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Las cuestiones abiertas por el derecho básico estatal son múltiples. Un ejemplo puede ilustrarnos al respecto: la disposición adicional 24 de la LCSP, en línea con el artículo 133 de la Ley 40/2015[80], prevé un nuevo límite explí-

79. Vid. SSTC 141/1993, de 22 de abril; 331/1993, de 12 de noviembre; 162/2009, de 29 de junio; 56/2014, de 10 de abril, y 84/2015, de 30 de abril, y 237/2015, de 19 de noviembre.

80. "Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta Ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirle el ejercicio de potestades administrativas".

cito a los encargos que se realicen a TRAGSA y su filial TRAGSATEC. Estos medios propios "podrán llevar a cabo la realización de todo tipo de actuaciones para la mejora de los servicios y recursos públicos, siempre y cuando no impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos incluida la ejecución de obras de conservación o enriquecimiento del Patrimonio Histórico Español en el medio rural, al amparo de lo establecido en el artículo 68 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español". Este límite no está explícitamente reconocido como básico por el artículo 32 LCSP, por lo que deberíamos entender que solo estos medios propios estatales tienen ese límite y, por tanto, los restantes medios propios autonómicos y locales pueden desarrollar tales cometidos, especialmente si tenemos en cuenta que los artículos 2.2.b) de las Leyes 39 y 40/2015 han habilitado con carácter básico el ejercicio de potestades administrativas a las personificaciones instrumentales de Derecho privado.

Valga el anterior ejemplo para justificar –más allá de las singulares soluciones que vayan ofreciendo los derechos autonómicos– la necesidad de una ley básica especial que reconozca la autoprovisión como un principio general de racionalización de funcionamiento del sector público, caracterizado por su funcionalidad y vinculación al servicio objetivo de los intereses generales (art. 103 CE), así como el uso eficiente y equitativo de los recursos públicos (art. 31.2 CE), y regule sus múltiples dimensiones de una manera coherente y estratégica.