

Convenios de colaboración y encargos a medios propios

La cooperación horizontal y vertical

Palma, 10 y 11 de febrero de 2020
Teresa Moreo Marroig

Cooperación horizontal y vertical

Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública

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.

Los poderes adjudicadores han de poder optar por prestar de manera conjunta sus servicios públicos mediante cooperación sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular.

LCSP/2017

Art. 31. Cooperación pública vertical y horizontal

Vertical: uso de medios propios.

Horizontal: convenios entre Admones. Realización conjunta de contrataciones específicas.

Convenios

Cooperación horizontal

Convenios

La denominación de convenio se utiliza dentro del ámbito general de actuación de la Administración Pública, referida a la coincidencia de dos o más voluntades causando obligación y el convenio de colaboración se nos presenta como el principal instrumento para canalizar las relaciones voluntarias de cooperación entre Administraciones.

¿Qué pasó hace varios años que todo lo que veníamos gestionando como convenio resultó ilegal y hubo que buscar otras fórmulas?

Convenios

La asunción de la “doctrina del TJUE-2005” en la legislación española: preferencia de la legislación de contratos sobre la figura del convenio.

Dos ideas subyacentes: no restar ámbito al mercado, y a la vez no privar a los poderes adjudicadores de fórmulas de cooperación interadministrativa.

En el convenio de colaboración se debe apreciar la existencia de una verdadera “comunidad de intereses”.

Una primera aproximación a su tipología

- Convenios interadministrativos y convenios entre sector público y particulares.
- Convenios de colaboración y convenios de composición.
- Convenios típicos (con régimen jurídico específico) y convenios atípicos.
- Convenios que carecen de contenido económico.
- Convenios que generan obligaciones económicas exigibles directamente o a través de un segundo pacto.

Un gran campo de la actividad administrativa que se ha venido desarrollando mediante convenios

1. Urbanísticos, expropiatorios
2. De suscripción generalizada
3. De investigación
4. Fórmula convencional como finalización
5. Instrumentales para otorgar una subvención
6. Con entidades colaboradoras en la gestión de subvenciones
7. Previo de actuación para contratos cofinanciados
8. Para la creación de conciertos
9. Singulares de vinculación
10. sigue

El convenio como instrumento de ejecución del presupuesto de gasto

El convenio es un instrumento de ejecución del presupuesto de gasto. Puede ir con cargo a capítulo 2, 6, 4 y 7.

La regla general es que el capítulo 2 y 6 se ejecute mediante contratos y el capítulo 4 y 7, mediante subvenciones.

La ley de subvenciones y la ley de contratos cumplen la función de limitar con precisión la posibilidad de formalizar convenios con personas sujetas a derecho público y a derecho privado.

Correspondencia con las fases de ejecución del presupuesto de gasto

- **RF.-** Al inicio de un expediente de convenio del que se deriven obligaciones económicas debe constar el certificado de existencia de crédito adecuado y suficiente.
- **A.-** Autorización de un gasto máximo. No existe todavía tercero. Aprobación del expediente y formalización del convenio cuando no se desprenden obligaciones económicas inmediatas.
- **D.-** Compromiso de gasto por importe concreto. Ya existe tercero. Formalización del convenio cuando se desprenden obligaciones económicas inmediatas.
- **OP/OK.-** Reconocimiento de la obligación y propuesta de pago.

Tipos de convenio desde el punto de vista del gasto

1. Los que carecen de contenido económico.
2. Tienen contenido económico y sus fases de ejecución se corresponden con las fases ADOP.
3. Tiene contenido económico pero el gasto se va a materializar en otros negocios.

¿Cómo encajan las fases RF, AD, OP?

Convenio con el Ministerio de Trabajo para el desplazamiento de inspectores

1. La regla general del procedimiento de gasto significa que de un compromiso (AD) derivan obligaciones (OP), pero no está pensado para que de un compromiso (AD) derive otro compromiso (otra AD).
2. Con carácter previo a la suscripción del convenio, se tramitará el oportuno expediente de gasto en el cual figurará el importe máximo de las obligaciones a adquirir y en su caso, los compromisos plurianuales y los informes pertinentes.
3. Una vez fiscalizado y dictada la resolución por la que se aprueba el expediente y el gasto, se anota y valida un documento contable A en el sistema contable, para así dar fiel reflejo contable del acto administrativo adoptado. No obstante, a medida que se vayan materializando las actuaciones se deberá disminuir el valor de esta A/RF para así liberar el crédito necesario para iniciar el expediente correspondiente (contrato de servicios de agencia, indemnizaciones, alquiler vehículos, etc.)
4. El expediente de convenio no pasa de la fase A.

Escenarios de confusión

CONTRATO/CONVENIO/SUBVENCIÓN

¿Por qué lo llaman convenio cuando son contratos o subvenciones?

¿Todo lo que no es subvención es contrato?

DISTINCIÓN ENTRE ACTO UNILATERAL/ACTO
BILATERAL

ACTIVIDAD PRESTACIONAL/ACTIVIDAD DE
FOMENTO

LA DETERMINACIÓN DEL PROMOTOR DE LA ACTIVIDAD

Clasificación clásica de la actividad de la Administración: prestación, fomento y policía.

Es necesario determinar quien es el promotor de la actividad para averiguar si estamos ante una actividad de prestación (instrumentalizada generalmente con un contrato) o de fomento (subvenciones).

Actividad de prestación

- ❑ La actividad es de titularidad pública y competencia del órgano que la realiza.
- ❑ Hay varios sujetos activos.
- ❑ El régimen bajo el cual se realiza la actividad es el derecho público.
- ❑ El objeto de la actividad es la prestación.

Actividad de fomento

- ❑ La actividad corresponde al sujeto que recibe los fondos.
- ❑ El sujeto activo es la administración y los sujetos pasivos son los particulares u otras administraciones
- ❑ El régimen bajo el cual se realiza la actividad puede ser el derecho público o el derecho privado.
- ❑ El objeto de la actividad es la actividad de fomento.

CONCLUSIÓN

Si la Administración actúa como promotor, el negocio es generalmente bilateral y en estos casos, se debe tramitar como un contrato, salvo que se cumplan los requisitos para formalizar un convenio.

En cambio, en el caso que el promotor de la actividad sea el agente receptor de fondos sin que exista contraprestación alguna para la Administración, el negocio se debe calificar de subvención y el expediente se tramitará con sujeción a la LGS.

Convenio vs. Contrato

¿Hasta dónde puede llegar la cooperación horizontal?

En la sentencia del TJUE de 9 de junio de 2009, asunto «Hamburgo», surgen los criterios legitimadores de la figura del convenio o de la cooperación horizontal.

Directiva 2014/24/UE: no están sujetos a la normativa de contratación los contratos celebrados entre poderes adjudicadores mediante los que se establezca una cooperación con la finalidad de garantizar los servicios públicos que les incumben, siempre que esta colaboración se guie por consideraciones relacionadas con el interés público y que los poderes participantes no realicen en el mercado más del 20% de su actividad.

El objeto de la colaboración ha de ser una misión de interés público que sea común a las entidades involucradas.

Sentencia Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG y Kreis Düren, C-368/11, EU:C:2013:385 (no la hay: sujeto a la Directiva)

¿Existe fundamento de legitimidad de los convenios interadministrativos, aunque su objeto sea coincidente con el de los contratos típicos?

En la Directiva, sí. El Derecho comunitario no acoge el principio del «contratista interpuesto», es decir, la idea de que la Administración deba acudir al mercado para comprar los bienes y servicios que necesite incluso si los puede obtener por sus propios medios.

Nuestro derecho positivo interno

Ley 40/2015, de RJSP, 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. "Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos."

Ley 9/2017, de CSP, adopta una postura ecléctica.

El convenio como negocio sustraído a las reglas legales aplicables al contrato y a la subvención

Constitución Española establece en el artículo 103: Principio de sometimiento a la legalidad.

Obligación de la Administración de calificar su actividad para, posteriormente, aplicar la normativa que corresponda según se trate materialmente de un contrato, una subvención o un convenio de colaboración.

Prevalecerá el criterio teleológico frente al criterio formalista.

Tensión entre la necesidad de controlar la legalidad de la actuación administrativa y la exigencia constitucional de actuación eficaz de las Administraciones.

El convenio como negocio sustraído a las reglas legales aplicables al contrato y a la subvención

Es cierto que afirmar que todo lo que no es subvención es contrato sería una simpleza. Pero también es cierto que bajo la forma de convenio no pueden orillarse las normas legales que disciplinan el gasto público de los capítulos 2, 4, 6 y 7 del Presupuesto, cuya ejecución se instrumenta básicamente a través de contratos y subvenciones. Habrá que acudir a la causa del negocio. Las figuras convenios, subvenciones y contratos, se entremezclan entre sí y muchas veces nos impiden ver con claridad la calificación del negocio.

Informe de la IGAE de 9 de octubre de 2019, por el que se resuelve discrepancia planteada con motivo de la fiscalización previa de un expediente de gasto para la suscripción de un Convenio que tiene por objeto la realización de un estudio sociológico y su calificación jurídica.

La forma es de convenio pero el fondo es de contrato

- ✓ La distinción entre convenio y contrato no es fácil.
- ✓ Se debe ir caso a caso. El objeto de la colaboración ha de ser una misión de interés público que sea común a las entidades involucradas.
- ✓ Cuando una Administración encarga mediante un convenio que realice a cambio de un precio una actividad que forma parte del tráfico mercantil, sin que exista colaboración, resulta improcedente tramitarlo a margen de la normativa de contratos.

Caso práctico

Una comunidad autónoma pretende formalizar un convenio con el Ministerio de Hacienda cuyo objeto es atribuir la competencia para resolver los recursos especiales en materia de contratación y las cuestiones de nulidad. El coste de las actuaciones se establece en base a un tarifa plana de 30.000€/año que abarca la tramitación de 100 expedientes y, a partir de este número, un precio unitario de 100€ por recurso.

Caso práctico

El Ayuntamiento de Zaragoza pretende formalizar un convenio de colaboración con la empresa ABC, líder en Europa en el sector de viajes. El objeto del convenio consiste en la creación de un espacio virtual donde poder encontrar todas las opciones de turismo en Zaragoza y contratar los servicios. El Ayuntamiento aportará los datos necesarios para realizar el objeto del convenio para que la empresa pueda utilizarlos.

La forma es de convenio pero el fondo es de subvención

La actividad de la Administración que trasfiere los fondos consiste exclusivamente en financiar una actividad que corresponde al sujeto receptor.

Criterio teleológico del artículo 2 del RLGS.

Caso práctico

Un ayuntamiento y una comunidad autónoma pretenden formalizar un convenio de colaboración cuyo objeto es el siguiente: Colaboración para la construcción y gestión de unas instalaciones de carácter deportivo en el complejo municipal San Carlos, con un presupuesto máximo de 2.000.000€.

La comunidad autónoma se compromete a:

- ❑ Financiar las obras hasta un máximo de 1.000.000€ que se abonará en 10 anualidades.
- ❑ Supervisar el proyecto de ejecución que debe elaborar el ayuntamiento.
- ❑ Prestar el apoyo técnico necesario para llevar a cabo la dirección facultativa de las obras.

Por su parte el Ayuntamiento se compromete a:

- ❑ Otorgar los permisos y licencias necesarios para la ejecución de las obras.
- ❑ Ejecutar las obras definidas en el proyecto básico en un plazo máximo de 24 meses.
- ❑ Mantener en perfecto estado y funcionamiento las instalaciones por un periodo mínimo de 10 años.
- ❑ Facilitar la utilización de la piscina a los funcionarios de la comunidad autónoma, en los términos que se acuerde por la Comisión de seguimiento y siempre que no entorpezca el horario de actividades aprobado por el Pleno.

La forma y el fondo son de convenio

- ✓ Ninguna de las partes tiene interés patrimonial sino que se trata de establecer una colaboración institucional para llevar a cabo una actuación en respuesta de objetivos compartidos.
- ✓ La cooperación ha de servir para la consecución de objetivos comunes, lo que se traduce en que ambos entes tengan competencia en el asunto de que se trate. Las competencias pueden ser concurrentes o complementarias, pero deben ser ejecutivas.
- ✓ Resulta irrelevante que dicha actuación se acabe materializando en una actividad encuadrable en el concepto de contrato del TRLCSP y por tanto, deba ser objeto de licitación por alguna de las partes del convenio.
- ✓ No se puede afirmar que todo negocio que no es subvención es contrato.

Caso práctico

La consejería de bienestar social de la CAIB y los *consells insulars* formalizan un convenio de colaboración para la ocupación de plazas de residencia para personas mayores en situación de dependencia, que se integran en la Red Pública de Servicios de Atención a la Dependencia.

Régimen jurídico actual de los convenios

Se debe considerar: DIRECTIVA 2014/24/UE (cooperación horizontal) , la Ley 40/2015, DE RJSP (Artículos 47 A 53) y la LCSP/2017, en el artículo 6 excluye ciertos convenios.

El Sistema de fuentes de estos negocios será:

- ❑ 1º.- la Ley 40/2015 y su normativa específica
- ❑ 2º.- Principios positivos de la LCSP
- ❑ 3º.- Resto de Derecho Administrativo
- ❑ 4º.- Derecho Privado

Alguna jurisprudencia del TJUE

STJCE. Correos. C-220/06. 18-12-2007.(NO ES POSIBLE CONVENIO)

STJCE de 18 de enero de 2007 (Auroux /Commune de Roanne)
(NO ES POSIBLE CONVENIO)

STJUE de 9 de junio de 2009 Hamburgo (SÍ ES POSIBLE CONVENIO)

STJUE de 2 de junio de 2016. Acuerdos celebrados entre un seguro de enfermedad y todos los proveedores de medicamentos. Puede estar excluido de la directiva. Un poder adjudicador es libre de adjudicar un contrato exclusivamente a una empresa pero también lo es de celebrar contratos con todas las empresas interesadas sin procedimiento de selección, siempre que se cumplan los principios del Tratado.

Positivación de la jurisprudencia de la UE

Artículo 12.4 de la D2014/24/UE

Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más PPAA quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando:

1. Desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.
2. Se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y
3. Los participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación.

Trasposición de la Directiva. Ley 9/2017 de Contratos SP

Artículo 6. Convenios y encomiendas de gestión.

1. Excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales, celebrados entre Administraciones o entes del sector público. Condicionado a:

- a) Las partes no han de tener vocación de mercado (en el mercado < 20% su actividad).
- b) Una cooperación con la finalidad de garantizar que se logren objetivos comunes.
- c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

2. También excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

Destacar que son menos los requisitos que se exige en el apartado anterior.

Regulación en el derecho interno español

Con la L40/15 disponemos de una regulación extensa de los convenios que no había existido nunca. En el Preámbulo se reconoce que se hace en la línea prevista en el Dictamen 878 del Tribunal de Cuentas, de 30 noviembre 2010 (La Moción)

Definición jurídica de convenio en la L40/15

Art. 47: Un convenio es un acuerdo entre entes del sector público entre sí o con personas privadas. No se considerarán convenio los protocolos generales, siempre que no supongan compromisos jurídicos concretos. Los convenios nunca podrán tener por objeto prestaciones propias de contratos.

Actual régimen positivo de los convenios L40/15

47.2/.- Tipos:

1. Convenios entre AAPP o entre entes pertenecientes a distintas AAPP que podrán incluir utilización de medios, servicios y recursos para el ejercicio de competencias propias o delegadas. Excluidos entre CCAA que se rigen por sus estatutos.
2. Convenios intra administrativos, firmados entre organismos públicos o entidades públicas pertenecientes a una misma administración.
3. Convenios entre una AP o ente del SP y persona privada.
4. Convenios entre las AAPP y los órganos, organismos o entes sujeto a Derecho internacional (no Tratado, Acuerdo Internacional) que estar sujeto al ordenamiento interno que decidan las partes.

Actual régimen positivo de los convenios L40/15

Art. 48. Requisitos de validez y eficacia

1. No cesión de titularidad de competencias.
2. Mejorar la eficiencia y cumplir con la estabilidad presupuestaria.
3. Se ajustaran a la legislación presupuestaria.
4. Los compromisos financieros deberán ser sostenibles y quien los suscriba debe tener capacidad para asumirlos.
5. Las aportaciones financieras que aporten las partes no pueden ser superiores a los gastos derivados del convenio.
6. se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes. En el Estado serán eficaces una vez inscritos. La inscripción es un requisito de validez.
7. Las normas del presente capítulo no serán de aplicación a las encomiendas de gestión ni a los acuerdos de terminación convencional.

Actual régimen positivo de los convenios L40/15

Artículo 49. Contenido de los convenios

1. Sujetos y capacidad jurídica.
2. Competencias.
3. Objeto y actuaciones de cada parte. En su caso, titularidad de los resultados obtenidos.
4. Obligaciones y compromisos económicos de las partes. Distribución temporal, anualidades, imputación concreta del gasto al presupuesto.
5. Consecuencias de incumplimiento de las obligaciones.
6. Mecanismos de seguimiento y vigilancia. Responsables del control.
7. Régimen de modificación del convenio.
8. Plazo de vigencia que no podrá ser superior a cuatro años salvo que normativamente se prevea otro, prorrogable por cuatro más.

Actual régimen positivo de los convenios L40/15

Artículo 50. Trámites preceptivos para la suscripción de convenios

1. Se debe acompañar de una memoria justificativa sobre la necesidad y oportunidad, impacto económico, carácter no contractual y cumplimiento de lo previsto en esta ley.
2. En la AGE, además: informe jurídico, autorización previa del Ministro Hacienda, si es plurianual los compromisos con otra Administración, que debe realizar la actividad, serán condicionados a existencia de crédito, cualquier otro informe preceptivo.

Actual régimen positivo de los convenios L40/15

Artículo 51. Extinción de los convenios

1. Se extinguen por cumplimiento o por resolución
2. Causas de resolución: finalización del plazo, voluntad de las partes, incumplimiento de obligaciones, decisión judicial, cualquier otra prevista en el convenio.

Actual régimen positivo de los convenios L40/15

Artículo 52. Efectos de la resolución de los convenios

1. El cumplimiento o resolución da como resultado la liquidación del convenio
2. Si en el convenio existen compromisos financieros, se entenderá cumplido cuando se haya realizado su objeto a satisfacción de las partes y teniendo en cuenta que: si resulta que alguna de las partes ha recibido más fondos que el valor de la actuación ejecutada, deberá reintegrar la diferencia en el plazo de un mes desde que se liquide. Si hay mora: intereses. Y viceversa.
3. Si hubiera actuaciones en curso se puede acordar continuarlas y acabarlas en un plazo determinado.

Actual régimen positivo de los convenios L40/15

Artículo 53. Remisión de convenios al Tribunal de Cuentas

1. Si los compromisos económicos son $>600.000\text{€}$, se remitirán electrónicamente al Tc
2. También sus modificaciones e incidencias
3. Además, el Tc y los OCEX pueden reclamar cuantos documentos consideren necesarios para fiscalización.

Publicidad de los convenios

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

Artículo 8. Información económica, presupuestaria y estadística.

Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:

La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas.

Tramitación del convenio

Como regla general los convenios deben tramitarse antes de iniciar las actuaciones. La naturaleza propia del convenio (pacto del que se derivan obligaciones financieras, de comportamiento, de cooperación en la proyección y ejecución de actuaciones,...) no compagina con la formalización del acuerdo entre las partes en el momento en el que las actuaciones ya se encuentran ultimadas.

Solamente se podrán desprender obligaciones desde su firma, salvo que expresamente se prevea que actuaciones ya ultimadas quedan incorporadas al convenio.

Tramitación del expediente de convenio

- Memoria justificativa
- En convenios con Administraciones o entes del sector público, excluidos de la LCSP en base al artículo 6, Certificado.
- Certificado de existencia de crédito
- Resolución de inicio de expediente
- Informe del servicio jurídico y de la DGP, si procede.
- Otros informes preceptivos
- Autorización del CM/CG/Pleno, si procede
- Autorización del gasto plurianual, si procede
- Fiscalización del expediente, si procede
- Aprobación del expediente y autorización/ autorización y disposición del gasto y anotación de la A/AD
- Firma del convenio por las partes
- Inscripción en el Registro, si procede.
- Publicación
- Reconocimiento de la obligación y propuesta de pago (OK/OP) (Puede ser anticipado)

EJEMPLO DE CONVENIO DE COLABORACIÓN

Convenio entre la ciudad de Colonia y el Land de Berlin, en el que la primera cede de manera semi gratuita un programa informático al Land de Berlin para la gestión de las intervenciones del cuerpo de bomberos, servicio público que cada poder adjudicador realiza cada uno por su parte. La colaboración se centra en el programa informático que es una actividad de apoyo al servicio público.

Conclusiones del Abogado General, de 29 de enero de 2020, sobre la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal superior de Düsseldorf.

Patrocinio

Ley 34/1.988, de 11 de noviembre, General de Publicidad

Artículo 22 : El contrato de patrocinio publicitario

Aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.

Se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables. Su causa no es otra que la prestación de un servicio.

Se debe concretar en qué consiste la colaboración publicitaria del patrocinado, la extensión subjetiva de la publicidad, dónde y cuándo va la publicidad, indicadores de medición de resultados del impacto y todas aquellas obligaciones que forman parte del contrato de publicidad, cuyo cumplimiento condiciona el pago del precio.

Patrocinio

Se debe ir a la causa

Si no existe verdadera contraprestación en publicidad y solamente se trata de dar una ayuda no es contrato/convenio sino que es subvención.

Contrato privado que se adjudica con las reglas de la LCSP

¿Cabe negociado sin publicidad (Intuitu personae)?

Caso práctico

Un ayuntamiento pretende formalizar un convenio de Patrocinio con el equipo infantil de futbol sala La Milagrosa, consistente en la financiación de sus desplazamientos a cambio de publicidad. El importe del convenio es de 18.000€.

Conciertos

RÉGIMEN JURÍDICO

- ✓ Ley 4/2009 de Servicios Sociales.
- ✓ Decreto 18/2015, por el que se establecen los principios generales a los que deben someterse estos conciertos.
- ✓ Resolución de la consejera de Servicios Sociales por la que se desarrolla el régimen jurídico de la acción concertada.
- ✓ Resolución informativa por la que se convoca la concertación de determinadas prestaciones.

NO SON CONTRATOS

Encargos a medios propios

Cooperación vertical

La Administración puede satisfacer sus necesidades recurriendo a....

- Medios externos: Licitación, contrato,...
- Medios propios:
 - no personalizados (RPT)
 - personalizados
 - son AP
 - son PANAP

Cuando acude a medios propios personalizados

Cooperación vertical o institucionalizada

El denominado contrato interno o *in house providing* es una relación jurídica en la que un poder adjudicador encarga la prestación de una obra o de un servicio a un ente instrumental con personalidad jurídica propia, sin aplicar la legislación contractual.

Es una figura administrativa de aprovisionamiento diferente de los contratos.

Requisitos para que los contratos queden en casa

- ❑ REQUISITOS SUBJETIVOS
- ❑ REQUISITOS OBJETIVOS
- ❑ REQUISITOS FORMALES

Una primera reflexión respecto a los encargos a medios propios

La utilización desmesurada de los encargos a medios propios personificados no se produce solamente por una utilización abusiva de esta figura, con la finalidad de eludir la aplicación de las normas de contratación – tal y como ha puesto de relieve en algunas ocasiones la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia – sino también por su innecesariedad.

Cuando una determinada administración pública, en un proceso de redistribución de competencias, decide transferir o asignar directamente la gestión de una determinada actividad a otra entidad instrumental, dotándola de la correspondiente autonomía financiera, no podemos hablar propiamente de un encargo.(Por ejemplo, creando un consorcio)

Evitar que cualquier mera relación intersubjetiva atributiva de un servicio pudiera considerarse como un supuesto de redistribución de competencias.

STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, Remondis GmbH () Asunción de responsabilidades y autonomía decisoria. Ausencia de retribución y autonomía financiera)

Manifestación de la potestad autoorganizativa de la Administración

Técnica auto organizativa que opera extramuros de la normativa sobre contratos públicos.

- ✓ El interés público se satisface mediante una actividad interna.
- ✓ La figura se inspira en la doctrina del *in house providing* (suministro doméstico o interno).
- ✓ Es fuente de conflictos porque puede afectar a los principios comunitarios de igualdad y de competencia.
- ✓ Evitar el “medio para todo”.

Una realidad poliédrica

Se ha utilizado para:

1. Realizar trabajos de cierta complejidad (encomienda de resultado)
2. Suplir carencias estructurales de personal (encomiendas de actividad recurrentes)
3. Financiar la actividad de los ESPI (deberían haber sido transferencias)
4. Recurso ágil para provisión de obras o servicios sin licitación
5. Actuaciones de emergencia.

Informe Tribunal de Cuentas 1.088/2015

A pesar de la bondad aparente su utilización suscita preocupaciones

1. Limitación de ampliación de personal a los ESPI.
2. Recurso habitual a la subcontratación.
3. No siempre la utilización del M.P. supone la acción más eficiente.
4. Alteración de facto de la titularidad de la competencia.
5. En algunos casos, lo que se pretende es huir del régimen jurídico de la contratación. Permite alterar la naturaleza y régimen jurídico del contrato.

Negocios legales pero cuestionados

Diario Expansión (18 dic. 2018): *Las constructoras acusan a la empresa pública TRAGSA de competencia desleal. Desde la Confederación Nacional de la Construcción indican:*

"Representa, desde nuestro punto de vista, competencia desleal, ya que estos encargos, por muy medio propio de la Administración que sea, no están justificados ni por urgencia ni por el propio objeto social de TRAGSA".

Diario Economía (setiembre 2017): *Las empresas de servicios llevan a Europa sus quejas por la competencia de TRAGSA. Consideran que España protege y promueve la actividad de la empresa pública en perjuicio de la iniciativa privada, y en contra de las directivas y la jurisprudencia comunitaria. Denuncian que entre 2014 y 2016 TRAGSA facturó más de 1.500 millones por encargos del sector público que no salieron a concurso. La Administración rechaza estas críticas.*

Europa Press Cantabria.

Mariscadores denuncian la contratación de Tragsa para la siembra de la almeja

La doctrina *in house providing*

Acuñaada por el TJUE en diferentes sentencias.

- ✓ SENTENCIA de 18.11-1999. Sentencia Teckal BASES DE LA DOCTRINA IN HOUSE
- ✓ SENTENCIA España/Comisión. C-349/97. 8-5-2003 TRAGSA ES MEDIO PROPIO
- ✓ SENTENCIA Stadt Halle C-26/03. 11-1-2005 NO PUEDE HABER PARTICIPACIÓN PRIVADA
- ✓ SENTENCIA 1-5-2005. Carbotermo SpA. C-340/04. CONTROL ANÁLOGO. PORCENTAJE DE ACTIVIDAD.
- ✓ SENTENCIA 13-10-2005. Parking Brixen. C-458/03. CONTROL ANALOGO
- ✓ SENTENCIA 18-7-2007 . Sentencia SEA PROHIBICIÓN PARTICIPACIÓN PRIVADA
- ✓ SENTENCIA de 19-04-2007. Asunto C-295/05. TRAGSA FOREVER.
- ✓ SENTENCIA DE 29-11-2012. Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese (C-182/11) y Comune di Solbiate y Comune di Varese (C-183/11). REQUISITOS DEL CONTROL CONJUNTO.
- ✓ SENTENCIA 08-05-2014. ENCOMIENDA DE GESTIÓN Y OPERACIÓN INTERNA HORIZONTAL
- ✓ SENTENCIA de 8-12-2016 CONTROL ANÁLOGO. REQUISITO DE LA REALIZACIÓN DE LA PARTE ESENCIAL DE LA ACTIVIDAD

Positivación de la doctrina *in house*

DERECHO EUROPEO. La Directiva 2014/24/UE positiviza en el principio de cooperación vertical.

En el artículo 12 señala que un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica de Derecho público o privado quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:

- ✓ Control análogo (aunque sea de manera conjunta)
- ✓ No participación privada
- ✓ Más el 80% de su actividad para el ente que lo controla

MEDIOS PROPIOS EN LA LEY 40/2015 DE RÉGIMEN JURÍDICO DEL SECTOR PÚBLICO

La entidades del sector público institucional podrán ser medio propio si:

- ✓ Disponen de medios humanos y técnicos.
 - ✓ Resulta ser una opción más eficiente que la contratación.
 - ✓ Resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica o resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia.
 - ✓ La condición de medio propio debe contar en sus estatutos.
Denominación M.P.
 - ✓ Realizan la mayor parte de su actividad mediante encargos 80%.
-

ENCARGOS DE EJECUCIÓN A MEDIOS PROPIOS. ART. 31, 32 y 33 de la LCSP

- ✓ Ya **no son negocios excluidos. No son contratos.**
- ✓ No podemos ignorar los requisitos que la L40/15 exige: **disponer de medios y ser la opción más eficiente.**
- ✓ Se deben **formalizar** (extender un documento en la debida forma) pero no adoptará la forma de convenio (art. 47 L40/15).
- ✓ Porcentaje de la **actividad externa: <20%**. Más del 80%(excluye a las EPE que viven de sus ventas)
- ✓ **Subcontratación:** No excederá del **50%**.
- ✓ Obligación de **publicar** si 50.000€ y si es >5.000€, informe trimestral.
- ✓ Anulabilidad y **Recurso especial.**

EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO ATRIBUCIÓN DE LA CONDICIÓN DE MEDIO PROPIO

- ✓ Memoria justificativa que acredite el cumplimiento de las condiciones que ha de ser informada por la IGAE.
- ✓ Autorización o conformidad expresa.
- ✓ Verificación suficiencia por la Entidad Pública.
- ✓ Estatutos.
- ✓ Control efectivo.
- ✓ Realización parte esencial actividad.
- ✓ Tarifas.
- ✓ Suficiencia e idoneidad de recursos.
- ✓ Opción más eficiente (art. 86.2 a) LRJSP).
- ✓ Sostenibilidad (art. 86.2 a) LRJSP).

Emisión informe: que puede ser favorable o desfavorable.
En caso de ser favorable, inclusión en el inventario.

Regla del 80-20%

Más del 80% de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos confiados por el PA o por otras personas jurídicas controladas por la entidad que hace el encargo.

Cálculo 80%: Promedio volumen global de negocios. Gastos soportados por los servicios prestados al PA/Total gastos en que haya incurrido el medio propio por las prestaciones realizadas a cualquier otra entidad. También es posible otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, por ejemplo: unidades producidas.

Circular conjunta de 22/03/2019, de la Abogacía del Estado y la IGAE, sobre criterios para el cálculo del 80%.

Resolución de la IGAE de 16/05/2019, por la que se aprueba la Instrucción para la elaboración del Informe del artículo 86.3 de la LRJSP.

Nota técnica de la Oficina Nacional de Auditoría 1/2019 sobre la consideración de medio propio en la autoría de cuentas.

EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE ENCARGO

- ❑ Acreditación de que los estatutos prevén la condición de medio propio.
- ❑ Informe del SºJº.
- ❑ Proyecto informado y acta de replanteo en caso de obras.
- ❑ Documentos técnicos que definen la prestación, objeto distinto obra.
- ❑ Certificado de disponibilidad de medios humanos y técnicos.
- ❑ Existencia de crédito.
- ❑ Propuesta de resolución. Fiscalización, si procede.
- ❑ Resolución.
- ❑ Certificación/es.
- ❑ OP pago material.
- ❑ Acta de comprobación de la inversión.

CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN

Con independencia de la forma que se dé a dichos encargos obligatorios, la resolución o el acuerdo deberá contener como mínimo los extremos siguientes:

- a) Descripción del objeto del encargo y de las actuaciones obligatorias que debe realizar el medio propio, que deberán estar completamente definidas en los proyectos, memorias, pliegos técnicos u otros documentos técnicos y valoradas en los correspondientes presupuestos, en base a tarifas.
 - b) Mención expresa que las unidades se ajustan a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio.
 - c) Importe total de la actuación o presupuesto máximo en su caso, con detalle de la aplicación presupuestaria y anualidades a que se imputará el gasto.
 - d) Director designado para la actuación.
 - e) Duración del encargo y, en su caso, plazos parciales.
 - f) Forma de pago. En todo caso se respetará el principio de servicio hecho.
 - g) Modo en que va a procederse a la recepción/comprobación.
-

IMPOSIBILIDAD DE ACUDIR A LICITACIONES PERDIDA DE LA CONDICIÓN DE MEDIO PROPIO

Art. 32,2 de la LCSP

Los estatutos o acto de creación del M.P. deberá establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean M.P.,

Art. 32,5 de la LCSP

El incumplimiento sobrevenido de cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados 2 o 4, según corresponda en cada caso, comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, en consecuencia, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada; sin perjuicio de la conclusión de los encargos que estuvieran en fase de ejecución.

Expediente de encargo

- ✓ RF
- ✓ Memoria
- ✓ PPT o proyecto de obra
- ✓ Informe del S^oJ^o
- ✓ Declaración sobre disposición de medios
- ✓ Resolución inicio expediente
- ✓ Autorización previa, si procede
- ✓ Propuesta de resolución/resolución (fiscalización si procede) , documento contable AD
- ✓ Envío a publicación
- ✓ Certificación/es
- ✓ OP pago material
- ✓ Acta de comprobación de la inversión

Retribución del encargo

- ✓ La compensación del encargo se establecerá, por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el M.P. para las actividades objeto de encargo realizadas él directamente. Para aquellas actividades que subcontrate, atendiendo al coste efectivo soportado por el M.P., en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.
- ✓ Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio. El valor de mercado constituye un techo infranqueable para la tarifa. Salvo excepciones, no sujeto a IVA.

En cuanto al IVA

Pronunciamientos previos a la reforma de la LIVA:

- Abogacía General del Estado en el Dictamen de 25 de noviembre de 2010
- IGAE en su Circular 5/2013, de 15 de abril
- Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica de la AEAT en su Informe A/3/51/12, de 6 de junio de 2012

Apartado 8.º del artículo 7 de la LIVA modificado por el apartado dos del artículo primero de la Ley 28/2014 («B.O.E.» 28 noviembre). Vigencia: 1 enero 2015.

*No estarán sujetos al Impuesto los **servicios** prestados en virtud de encomiendas de gestión.*

Calculo del presupuesto del encargo TRAGSA

- Costes Directos Totales
..... A
- % Costes Indirectos (s/A)
..... B
- % Gastos Generales (s/ A+B)
..... C
- Total Presupuesto de Ejecución Material (A+B+C)
..... D
- IVA, IGIC, IPSI (s/D)
..... E
- Total Presupuesto de Ejecución por Administración (D + E)
..... F

Caso particular de TRAGSA

RÉGIMEN JURÍDICO

- Disposición Adicional vigésima cuarta de la LCSP
- Real Decreto 69/2019, de 15 de febrero, por el que se desarrolla el régimen jurídico de la Empresa TRAGSA y TRAGSATEC

No pueden ser medio propio de un ayuntamiento.

Adecuación del encargo conferido al objeto social de TRAGSA. Las actuaciones que se le pueden encomendar deben estar relacionadas con su objeto social, definido en su régimen jurídico. Su ámbito de actuación se circunscribe al mundo rural, excepto informática y atención a las emergencias. (Resolución del TACRECON de 18/02/2019 y Resolución del TARC de Andalucía de 19/02/2019)

Últimas reflexiones

- ✓ La utilización de medios propios personalizados para la satisfacción de las necesidades de la Administración es una vía legal, siempre que se cumplan los requisitos. Cuando se licita un contrato de servicios se debe justificar que no se dispone de medios, personificados o no.
- ✓ El concepto comunitario de “control análogo” puede ser multiple. Admite que TRAGSA sea medio propio del Estado, de las CCAA y cabildos, Consejos insulares, diputaciones, que tengan participación. Ley 7/2010 Sector Público (DA 17 CAIB): Los entes instrumentales de la CAIB se pueden considerar medios propios de los consejos insulares siempre que cumplan los requisitos que establece el artículo 32 de la LCSP.
- ✓ No medios propios sin medios. Fraude de ley.
- ✓ La condición de medio propio debería revisarse periódicamente y retirar tal atribución a aquellos entes instrumentales que no cumplen todos los requisitos. Tal condición no debería ser objeto de comprobación en la fiscalización del expediente de encargo. No obstante, la IGAE (ACM 20/07/18) ha incluido en los aspectos básicos a comprobar en la fiscalización previa limitada de los encargos que se reconoce en los estatutos o acto de creación de la entidad destinataria del encargo la condición de medio propio y que más del 80% de las actividades las realiza para el/los órgano/s que lo controla. A estos efectos, se verificará que se hace mención al cumplimiento de esta circunstancia en la Memoria integrante de las últimas Cuentas Anuales auditadas en las que resulte exigible.
- ✓ Es necesario insistir en el correcto cálculo de las tarifas. ¿Son verdaderamente eficientes los encargos?

Gracias por vuestra atención

tmoreo@interven.caib.es