

# ARTÍCULOS

## LA COOPERACIÓN HORIZONTAL Y LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS ENTRE PODERES ADJUDICADORES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS: LÍMITES DERIVADOS DE LA NORMATIVA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

PAU PANADÉS JORDÀ\*

### La cooperación horizontal y la transferencia de competencias entre poderes adjudicadores para la prestación de servicios públicos: límites derivados de la normativa sobre contratación pública

La normativa sobre contratación pública prevé su inaplicación a determinadas relaciones entre poderes adjudicadores para la prestación de un servicio público cuando no reúnan las características propias de un contrato público. Entre otras, estas relaciones pueden adoptar la forma de cooperación horizontal o de transferencia de competencias entre poderes adjudicadores para la prestación de servicios públicos. En este artículo se analizarán los requisitos propios de estas dos figuras y los límites que impiden acudir a ellas en determinados casos.

### Jointly horizontal cooperation and transfer of powers between contracting authorities for the provision of public services: limits derived from public procurement regulations

Public procurement regulations set out that they will not be applicable to certain relationships between contracting authorities to provide public services when those relationships do not meet the characteristics of a public contract. Among others, these relationships may take the form of jointly horizontal cooperation between contracting authorities or transfer of powers for the provision of public services. In this paper we will assess the requirements to be met by these two figures and the limits to apply them in certain cases.

#### PALABRAS CLAVE

Contratos públicos, Cooperación horizontal, Organización de competencias, Servicios públicos.

#### KEY WORDS

Public contracts, Jointly cooperation, Transfer of powers, Public services.

Fecha de recepción: 27-11-2019

Fecha de aceptación: 01-12-2019

### 1 · INTRODUCCIÓN

El 9 de noviembre de 2017 se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* 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 (la “LCSP”).

Como su propia denominación indica, la LCSP transpuso a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (la “Direc-

tiva de Concesiones”); y la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (la “Directiva sobre Contratación Pública”).

La Directiva de Concesiones ha innovado sustancialmente el ordenamiento jurídico comunitario sobre adjudicación de contratos de concesión, ya que con anterioridad a ella la única norma existente sobre este ámbito era la Directiva 2004/18/CE para la adjudicación de contratos de concesión de obra; mientras que la adjudicación de contratos de concesión de servicios de interés transfronterizo se encontraba sometida a los principios de libre circulación, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento

\* Abogado del Área de Derecho Público de Uría Menéndez (Barcelona).

mutuo, proporcionalidad y transparencia establecidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>1</sup>.

En cambio, la Directiva sobre Contratación Pública y la LCSP no han alterado, en líneas generales, el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la normativa comunitaria y española sobre contratación pública. En este sentido, la propia Directiva sobre Contratación Pública, en sus considerandos 4.º y 10.º declara que es voluntad de la norma “*definir con mayor claridad el concepto de contratación [...]*”, sin que ello “*debiera ampliar el ámbito de aplicación de la presente Directiva en relación con el de la Directiva 2004/18/CE*”.

En este contexto, en el que no ha habido una modificación sustancial del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la Directiva sobre Contratación Pública y de la LCSP, y en el que el ámbito de aplicación de la Directiva de Concesiones se ha acercado al de la Directiva sobre Contratación Pública, se analizarán en el presente artículo dos supuestos de relaciones jurídicas entre entes del sector público que quedan al margen a la aplicación de esta normativa: la cooperación horizontal público-pública para garantizar una misión de servicio público común y la transferencia o redistribución de competencias entre poderes adjudicadores.

En primer lugar, se examinarán las relaciones de cooperación horizontal público-pública entre poderes adjudicadores para garantizar una misión de servicio público común, previstas en los artículos 6 y 31.1.b) de la LCSP<sup>2</sup>. Estos preceptos establecen que, cuando varios poderes adjudicadores desarrollen una cooperación horizontal para garantizar una misión de servicio público común, cumpliendo con los requisitos que a continuación se expondrán, esta relación de cooperación no

podrá calificarse de contractual y, por tanto, quedará excluida de la aplicación de la normativa en materia de contratación.

En segundo lugar, se analizarán las decisiones con base en las cuales se adopta una transferencia o reorganización de competencias entre poderes adjudicadores y qué requisitos deben cumplir estas decisiones para que se considere un asunto de organización interna que queda excluido del ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación, según se prevé en el artículo 1.6 de la Directiva sobre Contratación Pública.

Tal y como veremos a continuación, para que pueda apreciarse la existencia de una relación de cooperación horizontal o de una operación de transferencia de competencias se deben cumplir un conjunto de requisitos que permitan diferenciar estas de una relación que tenga la naturaleza de contrato público. En este sentido, cabe afirmar ya que si la relación reúne los requisitos propios de un contrato público, esta no podrá calificarse de relación de cooperación horizontal o de transferencia de competencias y, por tanto, estará sujeta a la aplicación de la normativa sobre contratación pública. Si un negocio jurídico entre distintos poderes adjudicadores tiene la naturaleza de contrato público, debe sujetarse a las previsiones de la normativa sobre contratación pública.

En línea con este planteamiento, en el siguiente apartado comenzaremos por analizar los requisitos propios de un contrato público, cuya existencia delimita negativamente la posibilidad de estar ante una relación de cooperación horizontal o ante una transferencia de competencias.

Finalmente, cabe indicar que existen otro tipo de relaciones entre poderes adjudicadores que quedan excluidas del ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación. Nos referimos a las relaciones de cooperación vertical o contratación *in house*<sup>3</sup> o con medios propios personificados, las cuales no serán analizadas en este artículo.

1 En el apartado 52 de la STJUE de 13 de octubre de 2005 (asunto C-458/03, *Parking Brixen BmbH y Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*) se declaró que “los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia”.

2 Con carácter orientativo, la Comisión Europea publicó, en el año 2009, 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), en el que se exponen las principales características de cada una de estas relaciones de cooperación que quedan excluidas de la normativa sobre contratación pública.

3 El régimen de cooperación vertical mediante encargos a medios propios o contratación *in house*, se desarrolló en la Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/98, *Teckal, Srl / Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*), apartado 50, y en pronunciamientos posteriores a este.

## 2 · ELEMENTOS PROPIOS DE UN CONTRATO PÚBLICO QUE IMPIDEN QUE UN NEGOCIO JURÍDICO PUEDA CALIFICARSE COMO UNA RELACIÓN DE COOPERACIÓN HORIZONTAL O COMO UNA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS

Tal y como se ha apuntado, los dos supuestos indicados en el apartado anterior —cooperación horizontal y transferencia de competencias— no serán aplicables en caso de que la relación jurídica entre los dos poderes adjudicadores tenga la naturaleza de contrato público. En ese supuesto, esa relación entre poderes adjudicadores quedará sujeta a la aplicación de la normativa sobre contratación pública.

En este sentido, en la Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/98, *Teckal Srl / Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*), apartados 49 y 50, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el “TJUE”) declaró que, “*por lo que se refiere a la existencia de un contrato, el juez nacional debe verificar si ha existido un convenio entre dos personas distintas*”, a lo que añadía que para que se aplicaran las normas sobre contratación pública “*basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona distinta de éste*”<sup>4</sup>.

Por tanto, siempre y cuando estemos ante una relación entre un poder adjudicador y una entidad con una personalidad jurídica diferenciada, esta podrá ser susceptible de ser calificada como un contrato público.

Asimismo, se debe tener en cuenta que, con independencia de la calificación que el derecho interno o las partes realicen de la relación entre los poderes adjudicadores, ésta compete al derecho comunitario<sup>5</sup>. Así, para determinar la naturaleza

jurídica de una relación no deberemos atenernos al *nomen iuris* que los poderes adjudicadores otorguen a esa relación, sino a las características que presente.

Por tanto, antes de analizar si una relación entre dos poderes adjudicadores<sup>6</sup> constituye una cooperación horizontal público-pública o una transferencia de competencias, es necesario saber si esa relación tiene la naturaleza de contrato público. De no ser así, las directivas sobre contratos públicos no serán de aplicación a esta relación, pero no porque esta esté exenta de tal aplicación, sino porque la relación no tendrá naturaleza de contrato público y, por tanto, quedará fuera del ámbito objetivo de aplicación de estas normas. O dicho de modo contrario: cuando una relación entre dos poderes adjudicadores tenga la consideración de contrato público, esta quedará sujeta a la normativa de contratos del sector público.

En este contexto, el artículo 2.1.5) de la Directiva sobre Contratación Pública 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*”<sup>7</sup>.

Por tanto, cabría destacar las dos siguientes características de carácter material que configuran un contrato público:

- (i) Su objeto es la ejecución de una obra, el suministro de un producto o la prestación de un servicio, en el sentido previsto por la Directiva sobre Contratación Pública y por la Directiva de Concesiones.
- (ii) El contrato tiene carácter oneroso, en el sentido de que es fuente de nacimiento de obligaciones jurídicamente vinculantes de naturaleza-

<sup>4</sup> En un sentido parecido, en la Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2009 (asunto C-480/06, *Comisión / Alemania*), apartado 33, se manifestó que “*el hecho de que el prestador de servicios sea un ente público distinto del beneficiario de los servicios no obsta a la aplicación*” de las directivas sobre contratación pública. Asimismo, en la Sentencia de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03, *Comisión / España*), apartado 40, el TJUE declaró que no cabía excluir “*a priori*” las relaciones entre las entidades de Derecho público no mercantiles de la aplicación de las directivas sobre contratación pública. Esta tesis también se contiene en el considerando 45 de la Directiva de Concesiones y en el considerando 31 de la Directiva sobre Contratación Pública.

<sup>5</sup> Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2009 (asunto C-536/07, *Comisión / Alemania*), apartado 54, con cita a la Sentencia de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05, *Jean Aurooux y otros / Commune de Roanne*); o apartado 38 de la Sentencia de 20 de octubre de 2005 (asunto C-264/03, *Comisión / Francia*).

<sup>6</sup> Se debe destacar que es irrelevante que la entidad pública que actúa como operador económico tenga o no, con carácter principal, ánimo de lucro, que carezca de una estructura empresarial o que no esté presente de modo continuado en el mercado. En este sentido, apartado 29 de la Sentencia del TJUE de 13 de junio de 2013 (asunto C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG y otros*).

<sup>7</sup> Definición parecida se contiene en el artículo 5.1, apartado a) y b), de la Directiva de Concesiones para la concesión de obras y la concesión de servicios. En este caso también estamos ante un contrato celebrado a título oneroso para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio, cuya contrapartida es el derecho a explotar la obra o el servicio, únicamente o en conjunción con un pago.

za sinalagmática o recíproca<sup>8</sup> entre las partes: la entidad pública contratante abona una contraprestación por la ejecución de la obra, el suministro del producto o la prestación del servicio<sup>9</sup>.

Así, una contraprestación tiene como causa la otra, de manera recíproca. Por tanto, trasladado a la teoría de los contratos, estaríamos ante un contrato bilateral<sup>10</sup>.

Asimismo, se debe tener en cuenta que en la apreciación de esta onerosidad o reciprocidad de la rela-

ción entre la entidad pública y un tercero u otra entidad pública, el TJUE ha establecido claramente que no desaparece este concepto de onerosidad —y, por tanto, la relación sigue teniendo una naturaleza de contrato público— por el mero hecho de que se esté en presencia de una retribución o compensación que se limite al reembolso de los gastos soportados por el contratista<sup>11</sup>.

Por ello, podemos concluir ya que, en el supuesto en el que concurren estas dos características, la relación deberá calificarse de contractual y, por tanto, estará sujeta a las previsiones de la normativa sobre contratación pública.

En este sentido, una relación entre dos poderes adjudicadores que cumpla con estos dos requisitos no podrá ser una relación de cooperación horizontal o una transferencia de competencias y, por tanto, no podrá quedar excluida de la aplicación de la normativa en materia de contratación.

### 3 · LA COOPERACIÓN HORIZONTAL PÚBLICO-PÚBLICA PARA GARANTIZAR UNA MISIÓN DE SERVICIO PÚBLICO COMÚN

El considerando 33 de la de la Directiva sobre Contratación Pública —y, en términos parecidos, el considerando 47 de la Directiva de Concesiones— dispone que “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”. En estos casos, manifiestan dichos considerandos que esa relación para la prestación conjunta de servicios públicos no estará sujeta a dichas Directivas siempre y cuando la relación de cooperación se haya “celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores”.

Esta previsión declarativa se plasma posteriormente en el artículo 12.4 de la Directiva sobre Contratación Pública y, nuevamente, en términos parecidos, en el artículo 17.4 de la Directiva de

<sup>8</sup> Según la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de noviembre de 1993 (recurso núm. 631/1991), “las obligaciones bilaterales con reciprocidad de prestaciones, es decir, aquellas en que el sinalagma está en la génesis de la relación obligatoria, constituyendo el deber de la prestación de una de las partes, la causa por la cual se obliga la otra”.

<sup>9</sup> En este sentido se pronuncian, entre otras, la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2001 (asunto C-399/98, *Ordine Degli Architetti y otros*), apartado 77; la Sentencia del TJUE de 25 de marzo de 2010 (asunto C-451/08, *Helmut Müller*), apartado 48; o las conclusiones del Abogado General en el asunto C-306/08, *Comisión / España*, apartado 87; o en el asunto C-51/15, *Remondis GmbH & Co. KG Region Nord / Region Hannover*, apartado 36. A pesar de que el TJUE ha equiparado el elemento oneroso con la relación sinalagmática, se debe tener en cuenta, no obstante, que en la teoría de las relaciones obligatorias estos dos conceptos no tienen un contenido absolutamente coincidente. En este sentido, L. Díez-Picazo declara lo siguiente:

“Al hablar de “onerosidad” se habla de ventajas y de sacrificios patrimoniales o económicos, mientras que al hablar de “sinalagmaticidad” se hace referencia a la estructura y funcionamiento jurídico de las obligaciones. Sin embargo, entre onerosidad y carácter sinalagmático existen algunas diferencias. El ejemplo académico es el mutuo o préstamo con interés, que es oneroso para ambas partes [...], pero que, en cambio, no es nunca sinalagmático, por cuanto que de él derivan sólo obligaciones a cargo del prestatario. Tras lo dicho, cabría pensar que todos los contratos sinalagmáticos son onerosos, pero que no es cierta en cambio la proposición contraria.

La necesidad de perfilar la distinción quizá pueda satisfacerse llevando la idea de la onerosidad al campo de las atribuciones patrimoniales y manteniendo en cambio la idea del sinalagma en el terreno de las obligaciones. Con ello se quiere decir que la onerosidad de un negocio consiste en que éste genera atribuciones patrimoniales para ambas partes, entendiéndose el concepto de atribución en su sentido más amplio: no sólo el nacimiento de una obligación, sino también como transferencia o constitución de un derecho, liberación de una obligación, etc. El sinalagma, en cambio, se encuentra en la línea de las obligaciones y está formado por la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación” (L. Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid: Thomson Civitas, 2007, vol. II, pág. 431).

<sup>10</sup> L. Díez-Picazo: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., vol. I, pág. 167, establece la siguiente definición de contratos bilaterales:

“Cuando se habla de unilateralidad o de bilateralidad con referencia a los contratos no se alude al número de partes, sino al número de obligaciones que el contrato crea y a la estructura de estas obligaciones. Los contratos se llaman bilaterales o también sinalagmáticos, cuando crean obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes (v. gr. la compraventa donde existen la obligación del vendedor de entregar la cosa y la obligación del comprador de pagar el precio)”.

<sup>11</sup> En este sentido, la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce y otros*), apartado 29; y la Sentencia del TJUE de 13 de junio de 2013 (asunto C-386/11, *Piepenbrock*), apartado 31. A ello parece referirse también el artículo 2.1, segundo apartado, de la LCSP.

Concesiones. El primero de estos artículos determina que un contrato<sup>12</sup> celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre Contratación Pública cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- (i) Que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores 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.
- (ii) Que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.
- (iii) Que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de dicha cooperación.

El régimen jurídico anterior, que será analizado a continuación, fue objeto de transposición en los artículos 6 y 31.1.b) de la LCSP. El último de estos artículos, según se ha apuntado, dispone que las entidades del sector público podrán cooperar horizontalmente, sin que “*dicha cooperación pueda calificarse de contractual*”, previa celebración de los correspondientes convenios previstos en el apartado 1 del artículo 6 de esa norma.

A su vez, dicho artículo 6.1 de la LCSP determina que “*quedan 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 sí [...]*” por entidades que tengan la condición de poder adjudicador y que cumplan con los tres requisitos plasmados en el artículo 12.4 de la Directiva sobre Contratación Pública y en el artículo 17.4 de la Directiva de Concesiones.

Este régimen jurídico que se acaba de esbozar ha sido establecido en diversas sentencias del TJUE que, en unas ocasiones, han reconocido que existía una relación de cooperación horizontal que quedaba fuera del ámbito de aplicación de las Directivas

sobre contratación pública<sup>13</sup>, mientras que en otras, a pesar de que se han expuesto estos requisitos, se ha concluido que la relación analizada no podía considerarse una cooperación horizontal<sup>14</sup>.

En este contexto, a continuación se analizarán los requisitos para que pueda apreciarse la existencia de una relación de cooperación horizontal entre poderes adjudicadores que quede al margen de la aplicación de las Directivas sobre contratación pública.

### 3.1 · Que la cooperación se lleve a cabo por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, sin participación de una empresa privada

Un primer requisito, adicional a los tres mencionados expresamente en el apartado anterior, es que esta relación de cooperación se entable entre entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores. Según la definición contenida en el artículo 2.1.1) de la Directiva sobre Contratación Pública, se entenderá por poderes adjudicadores “*el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de Derecho público*”.

Esta exigencia viene establecida en el artículo 12.4 de la Directiva sobre Contratación Pública, en el

<sup>12</sup> Entendemos que sería más preciso hablar de relación cooperativa para la prestación conjunta de servicios o, en sentido genérico, de negocio jurídico, ya que si esta reúne los requisitos propios de un contrato público, en el sentido previsto en el artículo 2.1.5) de la Directiva de Contratos, estaríamos ante una relación sujeta a la normativa de contratación pública.

<sup>13</sup> La existencia de un contrato de cooperación horizontal se ha reconocido en la Sentencia de 9 de junio de 2009 (asunto C-480/06, *Hamburgo*), apartados 45 y 47. En este caso cuatro *Landkreise* (entidades supramunicipales) habían celebrado con los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo un contrato para la eliminación de sus residuos en una nueva instalación de valorización térmica destinada a producir electricidad y calor. Por medio de este contrato, los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo reservaban una capacidad de esta planta para los residuos de los *Landkreise* a cambio de un precio a abonar al titular de la planta, que a su vez era contratista de los servicios de limpieza. La necesidad de cooperación venía motivada por el hecho de que eran necesarias estas toneladas de residuos de los *Landkreise* para construir y explotar la planta en las condiciones más favorables —economía de escala—.

<sup>14</sup> Se rechazó la existencia de una relación de cooperación horizontal en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*), sobre un contrato de consultoría entre una Administración Provincial y la Universidad del Salento para realización por esta última de un estudio y una evaluación de la vulnerabilidad sísmica de las instalaciones hospitalarias de la provincia de Lecce; y en la Sentencia de 13 de junio de 2013 (asunto C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG y otros*), sobre el encargo de una asociación de municipios a otra entidad pública, mediante un “contrato de delegación”, de la limpieza de sus inmuebles administrativos y docentes.

artículo 17.4 de la Directiva de Concesiones y en el artículo 6.1 de la LCSP. Este último alude a las “entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador”.

No obstante, aunque se admite que las entidades puedan tener naturaleza jurídico-privada, estas no pueden estar participadas por entes privados ajenos a un poder adjudicador<sup>15</sup>, ni directa ni indirectamente, ya que la relación de cooperación tampoco puede beneficiar a empresarios privados. Por tanto, las entidades deberán estar íntegramente participadas por una Administración Pública o por un ente de ella dependa.

### **3.2 · Que la cooperación establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se presten de modo que se logren los objetivos que tienen en común**

El elemento esencial que configura una relación cooperativa es precisamente la existencia de una cooperación entre poderes adjudicadores para garantizar la realización de una misión de servicio público común a ellos<sup>16</sup>. Esta cooperación se debe llevar a cabo entre poderes adjudicadores, de manera concurrente, para prestar el servicio público objeto de su competencia y con el objetivo de satisfacer intereses comunes.

No obstante, se debe poner de relieve que, por su propia definición, esta cooperación tendrá por objeto la prestación de un servicio público. Ello nos puede llevar a una conclusión preliminar relativa a que, por lo menos en aquello que atañe a su objeto, esta cooperación horizontal tendrá un objeto muy parecido a un contrato público de servicios o a un contrato de concesión de servicios: en ambos negocios jurídicos su objeto sería la prestación de un servicio.

Por tanto, se plantea una primera duda sobre cómo diferenciar un contrato público de una cooperación horizontal si el objeto de ambas relaciones puede ser el mismo.

En este sentido, algunos autores han apuntado<sup>17</sup> que la diferencia entre un contrato público y un convenio de cooperación no debería encontrarse en su objeto, sino en su causa. Así, mientras que en los contratos públicos el elemento determinante sería la existencia de un ánimo lucrativo (*facio ut des*), en los convenios la causa sería la colaboración en el logro de un objetivo común a las partes que reviste interés público (*facio ut facias*).

En nuestra opinión, a efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación pública, creemos que la diferencia entre contrato público y convenio de cooperación no debe situarse tanto en el causa de estos negocios jurídicos como en la estructura de las obligaciones que nacen de estos. En este sentido, el concepto de convenio se acercaría a los contratos plurilaterales, en los que no existen intereses contrapuestos, sino en los que las prestaciones entre las partes contratantes se llevan a cabo para la consecución del fin común<sup>18</sup>.

De este modo, *mutatis mutandis*, en este análisis de la estructura obligacional derivada del negocio jurídico, cabría asociar el régimen de los convenios de colaboración al de los contratos plurilaterales en los que no existe un estructura obligacional de carácter sinalagmático, como pueden ser los contratos de empresa común o *joint venture* o, en menor medida, los contratos parciarios (contrato de aparcería — artículo 1579 del Código Civil—, contrato de cuentas en participación — artículo 239 del Código de Comercio—, etc.).

Así, creemos que el elemento que diferencia un convenio de cooperación de un contrato público es la estructura de la relación obligacional entre las partes que se origina de uno y otro instrumento. En el caso del convenio de cooperación, las obligaciones que asumen las partes no pueden tener un

<sup>15</sup> Apartado 35 de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*).

<sup>16</sup> Apartado 37 de la Sentencia del TJUE de 9 de junio de 2009 (asunto C-480/06, *Hamburgo*); y apartado 34 de la Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*).

<sup>17</sup> Ver en este sentido, D. Santiago Iglesias: “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 38, 2015, apartado III.2.

<sup>18</sup> L. Díez-Picazo. L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., pág. 168, establece la siguiente definición de contratos plurilaterales:

“Se trata de una categoría acuñada por la doctrina italiana (ascarelli, messineo) y recogida por el Código Civil de aquel país. Evidentemente, los contratos no son plurilaterales por el hecho de que en una de las posiciones contractuales se agrupan varios sujetos (p. ej. hay varios vendedores por tratarse de una cosa común y un solo comprador). Tampoco puede hablarse de contratos plurilaterales por el hecho de que el contrato cree una situación triangular o trimembre, en la que cada una de las partes ostenta sus propios derechos y obligaciones. [...] Se caracterizan por el hecho de que la pluralidad de los sujetos trata de conseguir un fin que es común a todos ellos”.

carácter recíproco o sinalagmático, en el sentido de que una prestación es causa de la otra. Esta reciprocidad de obligaciones, cuando una de ellas consiste en la prestación de un servicio público, es propia del contrato público, con independencia de que la otra prestación consista “*en dar, hacer o no hacer una cosa*” (artículo 1088 del Código Civil)<sup>19</sup>.

El elemento esencial es que las prestaciones que lleven a cabo las partes —ya consistan en hacer, o ya consistan en dar— no traigan causa de la prestación que realiza la otra parte, sino que únicamente vengan motivadas, de manera autónoma, por el fin común que justifica la cooperación, por tanto, que dichas prestaciones no tengan un carácter recíproco o sinalagmático.

De modo contrario, en caso de que las prestaciones sean recíprocas, el negocio jurídico tendrá una naturaleza propia de contrato público y, por tanto, deberá encontrarse sujeta a las previsiones de la normativa en materia de contratación pública, tal y como se ha expuesto en el apartado anterior.

### 3.3 · Que la cooperación se guíe exclusivamente por consideraciones relacionadas con el interés público

Vinculado con el requisito anterior, la relación de cooperación debe venir guiada únicamente por consideraciones de interés público.

Ni las directivas en materia de contratación ni la LCSP especifican qué debe entenderse por consideraciones relacionadas con el interés público. No obstante, cabe remarcar que este concepto debe ser o debe tener una extensión distinta del concepto de interés general o público que motiva cualquier actuación de una Administración Pública. En este sentido, el artículo 1 de la LCSP reconoce que la propia contratación pública, como no puede ser de otro modo —así lo impone el artículo 103.1 de la Constitución—, tiene un fin institucional de carácter público<sup>20</sup>.

En este contexto, creemos que esta consideración relacionada con el interés público debe encontrarse en los motivos que llevan a recurrir a una relación de cooperación y no a un contrato público para la consecución de ese fin que con ambos instrumentos se podría pretender conseguir: la prestación del servicio público.

Así las cosas, aunque esta cooperación pueda desarrollarse en actividades propias de mercado que pudieran satisfacerse mediante la celebración de un contrato público de servicios —por ejemplo, en una actividad de gestión de residuos—, creemos que dicha cooperación debe venir motivada por criterios que excedan de aquellos meramente económicos o de elección de un modo concreto de prestación de un servicio con el objetivo de evitar la celebración de un procedimiento competitivo en el que distintos sujetos públicos o privados puedan concurrir.

Esta posición es la que parece desprenderse de los pronunciamientos del TJUE en los que, a pesar de que no se ha definido qué se entiende por consideraciones de interés público, se ha limitado su apreciación a aquellos supuestos en los que la cooperación venía guiada por una causa que excedía de la mera limitación de la concurrencia por motivos económicos o de selección directa del prestador del servicio sin seguir un procedimiento de licitación.

Así, en la Sentencia de 9 de junio de 2009 (asunto C-480/06, Hamburgo), el TJUE concluyó que la cooperación entre los servicios de limpieza de la ciudad de Hamburgo y los Landkreise respondía a consideraciones de interés público porque tenía como objetivo permitir la construcción de una planta de valorización térmica que no sería viable sin los vertidos aportados por todas las entidades. Por tanto, esta relación venía motivada por la consecución de un fin público que no podía ser satisfecho —o cuya satisfacción resultaba más gravosa— mediante la celebración de un contrato público: la aportación conjunta de los residuos sin los cuales no era viable construir la planta de valorización.

En cambio, negó la existencia de estas consideraciones de interés público en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros), en el que una Administración provincial había encargado a una Universidad la realización de estudios de vulnerabilidad sísmica de sus edificios, ya que “*dicho contrato incluye una serie de aspectos materiales de los que una parte considerable, si no preponderante, corresponde a actividades realizadas generalmente por*

<sup>19</sup> Recordemos que, tal y como se ha indicado, el concepto de onerosidad en un contrato público viene determinado por el nacimiento de obligaciones recíprocas que conllevan sacrificios patrimoniales para ambas partes. En este sentido, la onerosidad no desaparece porque la contraprestación consista, únicamente, en el reembolso de los gastos incurridos para la prestación del servicio, sin que exista un lucro.

<sup>20</sup> En este sentido se pronuncia F. J. Villar Rojas: “Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nueva Época, n.º 7, 2017, pág. 11.

ingenieros o arquitectos y que, aunque tengan una base científica, no son investigación científica. En consecuencia, contrariamente a lo que el Tribunal de Justicia pudo declarar en el apartado 37 de la sentencia Comisión/Alemania, antes citada, la misión de servicio público objeto de la cooperación entre entidades públicas establecida por dicho contrato no parece garantizar la realización de una misión de servicio público común a la ASL y a la Universidad”.

Por tanto, en este supuesto no se apreciaba una “misión de servicio público común” que permitiese sustraer la actividad de realización de estudios de vulnerabilidad sísmica de edificios de la celebración de un contrato público adjudicado mediante un procedimiento de licitación sujeto a los principios de publicidad y concurrencia, ya que se trataba de una actividad que era prestada con carácter general por operadores de mercado.

En un sentido parecido, también se negó la existencia de una misión de servicio público común en la Sentencia de 13 de junio de 2013 (asunto C-386/11, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG y otros), en el que una asociación de municipios había encargado a otra entidad pública, mediante un “contrato de delegación”, la limpieza de sus inmuebles administrativos y docentes a cambio de una compensación económica de los gastos. Nuevamente, en este caso no se apreció una causa o misión de interés público común que justificase la no realización de esta actividad mediante un contrato público.

Por ello, se debe concluir que por consideraciones relacionadas con el interés público se deben entender aquellas que, estando relacionadas con el ámbito competencial de las entidades cooperantes, no puedan satisfacerse con la celebración de un contrato público cuya adjudicación esté sujeta a un procedimiento de licitación. Por tanto, un poder adjudicador no puede recurrir a una relación de cooperación horizontal cuando el motivo para ello se justifique en meras razones relativas a evitar seguir un procedimiento de licitación sujeto a los principios de publicidad o concurrencia o para seleccionar directamente a un contratista concreto.

### **3.4 · Que ninguna de las entidades cooperantes realice en el mercado abierto más del 20 % de las actividades objeto de cooperación**

Finalmente, un último requisito para que podamos hablar de una relación de cooperación horizontal es

que las entidades cooperantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de cooperación.

Asimismo, se debe destacar que tanto la Directiva sobre Contratación Pública —en su artículo 12.5— como la Directiva de Concesiones —en su artículo 17.5— establecen unas reglas para determinar este volumen de actividad residual del 20 %. Este régimen es el siguiente:

*“Para determinar el porcentaje de actividades al que se hace referencia en el apartado 1, párrafo primero, letra b), en el apartado 3, párrafo primero, letra b), y en el apartado 4, letra c), se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato.*

*Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad de la persona jurídica o del poder adjudicador considerado, o debido a la reorganización de las actividades de estos, el volumen de negocios, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio”.*

Por tanto, para calcular dicho porcentaje del 20 % tendremos que estar al volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado de los poderes adjudicadores cooperantes en los tres últimos ejercicios. En caso de que no estuvieran disponibles los valores de estos últimos tres ejercicios, la norma prevé que será suficiente con justificar que este cálculo del nivel de actividad residual se corresponde con la realidad mediante proyecciones de negocio.

Interesa destacar que, en nuestra opinión, y debido a la propia naturaleza de una relación de cooperación horizontal, este volumen de actividad residual deberán cumplirlo todos los poderes adjudicadores cooperantes. Y ello porque, como venimos insistiendo, no estamos ante una relación contractual en la que un poder adjudicador abona un precio a cambio de la prestación material que realiza el otro, sino que ambos llevan a cabo prestaciones paralelas, que no recíprocas, para la consecución del fin común. Por tanto, dicho requisito será aplicable a todos los poderes adjudicadores cooperantes.



#### 4 · LA TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS ENTRE PODERES ADJUDICADORES

Tal y como se ha apuntado, el artículo 1.6 de la Directiva sobre Contratación Pública y, en un sentido parecido, el artículo 1.4 de la Directiva de Concesiones, determinan que los acuerdos de organización o transferencia de competencias entre poderes adjudicadores se considerarán un asunto de organización interna del Estado miembro y no estarán sujetos a las previsiones de dichas Directivas.

No obstante, tal y como se ha expuesto en los apartados iniciales de este artículo, todas aquellas relaciones entre poderes adjudicadores, cualquiera que sea su *nomen iuris*, deben sujetarse a las directivas de contratación pública si reúnen aquellos requisitos y características propios de un contrato público.

En este contexto, se ha planteado si determinados negocios que tienen por objeto la transferencia de competencias entre poderes adjudicadores, como puede ser la delegación de competencias, presentan aquellos elementos propios de un contrato público y, por tanto, si estos negocios jurídicos deben sujetarse a las directivas de contratación pública y a sus principios, que se basan, en último término, en la libre prestación de servicios —artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea—.

El TJUE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre si una cesión o delegación de competencias entre poderes adjudicadores constituye un negocio jurídico calificable como contrato público. Concretamente, en la Sentencia de 20 de octubre de 2005 (asunto C-264/03, Comisión / Francia), en la que concluyó que el negocio analizado era un contrato público; y en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 (asunto C-51/15, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord / Region Hannover), en la que, de manera contraria, resolvió que se trataba de una transferencia de competencias.

En esta última sentencia dictada en el asunto C-51/15, el TJUE<sup>21</sup> ha expuesto los requisitos esenciales que debe reunir un negocio jurídico entre poderes adjudicadores que tenga por objeto transferir competencias para que sea calificado de acto de organización interna y no como un contrato público, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.6 de la Directiva sobre Contratación Públi-

ca<sup>22</sup>. En el mencionado asunto, una empresa que presta servicios de eliminación de residuos, Remondis GmbH & Co. KG Region Nord, cuestionaba la transferencia de las funciones de tratamiento que la ciudad de Hannover y la Región de Hannover habían hecho en favor de un consorcio para la gestión de residuos.

En este contexto, los requisitos que debe reunir el negocio de transferencia de competencias son los siguientes:

##### 4.1 · La autoridad cedente debe desatender su competencia mediante una transferencia que tenga carácter global

En primer lugar, la transferencia que lleve a cabo la autoridad cedente debe tener un carácter global, entendido como la transferencia de las funciones de cumplimiento o prestaciones que incluye dicha competencia transferida, así como las potestades de decisión asociadas a dicha competencia<sup>23</sup>.

Este requisito implica que la entidad a la que se transfieren las competencias debe disponer de la totalidad de las facultades y responsabilidades necesarias para cumplir la función pública para la que le han sido atribuidas las competencias. En particular, debe disponer de la facultad de determinar el marco y las modalidades de ejecución de sus funciones. Por su parte, la autoridad cedente debe inhibirse de las competencias relativas a la función pública en concreto.

Concretamente, el TJUE ha destacado que no se cumpliría con dicho requisito si la autoridad inicialmente competente conservase la responsabilidad principal sobre las referidas funciones, si se reserva el control financiero sobre estas funciones o competencias o si debe aprobar previamente las decisiones que pretenda tomar la entidad a la que se ceden las competencias.

No obstante, el abogado general destacó en sus conclusiones que dicha transferencia no tenía que

<sup>21</sup> Resultan también muy relevantes las conclusiones del abogado general Paolo Mengozzi, de 30 de junio de 2016, evacuadas en este asunto C-51/15.

<sup>22</sup> En el apartado 48 de las conclusiones del abogado general Paolo Mengozzi se destaca que los instrumentos jurídicos de reorganización o transferencia de competencias pueden revestir formas muy diferentes, según las especialidades de cada Estado miembro; pueden comprender, por ejemplo, actos legislativos o reglamentarios, decisiones de una autoridad o acuerdos de Derecho público celebrados entre varias autoridades.

<sup>23</sup> Apartado 49 de la sentencia dictada en el asunto C-51/15 y apartado 53 de las conclusiones del abogado general en dicho asunto.

ser necesariamente irreversible, aunque la devolución no podía depender de una facultad de resolución unilateral propia de la autoridad cedente en caso de ejecución inadecuada de la función, ya que ello sería un mecanismo de resolución por incumplimiento propio de un negocio contractual. Lógicamente, esta competencia siempre podrá ser objeto de un nuevo acto posterior de transferencia.

#### **4.2 · La entidad a la que se transfieran las competencias debe tener plena autonomía funcional**

En segundo lugar, y vinculado con el requisito anterior, la autoridad pública a la que se transfiere la competencia debe ejercer esta competencia con plena autonomía y bajo su propia responsabilidad<sup>24</sup>.

La autoridad cedente no debe reservarse una potestad para interferir en el desempeño de la función comprendida en la competencia cedida. No obstante, ello no impide que la autoridad cedente pueda reservarse un cierto derecho de supervisión, como puede ser un control de “tipo político”, que comprendería la posibilidad de obtener determinada información o la participación en los órganos de gestión de la autoridad beneficiaria; pero sin que sean admisibles injerencias concretas en las funciones de ejecución.

#### **4.3 · La entidad a la que se transfieran las competencias debe disponer de autonomía financiera en el cumplimiento de la función pública para la que se le han transferido las competencias**

El tercer requisito es que la autoridad cedente debe poner a disposición de la entidad a la que se transfieren las competencias todos los recursos necesarios para cumplir con sus nuevas funciones. La autoridad receptora de la competencia no debe depender financieramente de la autoridad cedente para poder ejercer dicha competencia cedida<sup>25</sup>.

Esta puesta a disposición de los medios económicos no debe confundirse con el elemento oneroso de

un contrato propio de una relación sinalagmática, ya que el artículo 1.6 de la Directiva sobre Contratación Pública limita su aplicación a los acuerdos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias que “*no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato*”.

Así, el TJUE ha declarado que no surge este elemento oneroso por el hecho de que la entidad cedente se comprometa a asumir la carga de eventuales excesos de costes en relación con los ingresos que la entidad receptora pueda percibir o generar por el ejercicio de la competencia cedida.

## **5 · CONCLUSIONES**

Con base en lo expuesto en los apartados anteriores, pueden formularse las siguientes conclusiones:

- (i) Las relaciones jurídicas entre distintos poderes adjudicadores que reúnan aquellos elementos propios de un contrato público deberán sujetarse a la normativa sobre contratación pública y no podrán calificarse como una relación de cooperación horizontal, en el sentido de los artículos 6 y 31.1.b) de la LCSP, ni como una transferencia de competencias, en el sentido del artículo 1.6 de la Directiva sobre Contratación Pública.

Una relación jurídica entre distintos poderes adjudicadores será calificada como un contrato público cuando (i) su objeto consista en la ejecución de una obra, el suministro de un producto o la prestación de un servicio, en el sentido previsto en la normativa sobre contratación pública; y (ii) cuando tenga un carácter oneroso, en el sentido de que sea fuente de nacimiento de obligaciones jurídicamente vinculantes de naturaleza sinalagmática o recíproca que generan atribuciones patrimoniales para ambas partes.

- (ii) Las relaciones de cooperación horizontal entre distintos poderes adjudicadores no están sujetas a la normativa sobre contratación pública, según se prevé en el artículo 12.4 de la Directiva sobre Contratación Pública y en el artículo 17.4 de la Directiva de Concesiones.

La relación de cooperación horizontal debe celebrarse entre entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores y no puede beneficiar a empresarios privados.

Asimismo, debe venir guiada por una voluntad de cooperación para la consecución de un fin

<sup>24</sup> Apartado 51 de la sentencia dictada en el asunto C-51/15 y apartado 55 de las conclusiones del abogado general en dicho asunto.

<sup>25</sup> Apartado 57 de las conclusiones del abogado general en el asunto C-51/15.

común, hecho que conlleva que la estructura obligacional que se origine de esta relación no pueda tener un carácter sinalagmático, en el sentido de que las obligaciones de las entidades cooperantes no tengan un nexo causal recíproco, sino que ambas se proyecten unidireccionalmente para la consecución de ese fin común. Si existe una relación bilateral o sinalagmática, el negocio jurídico tendrá una naturaleza de contrato público.

Además, la relación de cooperación deberá estar guiada exclusivamente por consideraciones de interés público, hecho que se traduce en que la causa de la cooperación deberá venir motivada por criterios de desarrollo de competencias propias de las entidades cooperantes, sin que sea posible que estas consideraciones de interés público se satisfagan mediante la adjudicación de un contrato público.

- (iii) Los acuerdos de transferencia de competencias entre poderes adjudicadores, como puede ser un acto de delegación de competencias, tampoco estarán sujetos a la normativa sobre contratación pública si no revisten las características de un contrato público.

Para ello será necesario que la autoridad cedente lleve a cabo una transferencia de la competencia que tenga carácter global, en el sentido de que ceda las facultades de decisión y ejecución de las funciones transferidas.

Asimismo, el poder adjudicador al que se atribuyan las competencias deberá poder actuar con plena autonomía funcional y bajo su propia responsabilidad, sin perjuicio de que la entidad cedente pueda reservarse un cierto derecho de supervisión que no afecte al desarrollo de las funciones de ejecución.

Finalmente, el poder adjudicador receptor no puede depender financieramente de la autoridad cedente para ejercer las competencias cedidas, sino que esta última, junto con el acto de cesión de las funciones, le deberá transferir todos los recursos necesarios para cumplir con ellas.

## 6 · BIBLIOGRAFÍA

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid: Thomson Civitas, 2007, vols. I y II (6.<sup>a</sup> ed.).

EZQUERRA HUERVA, A.: “La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos”, en *Observatorio de Contratación Pública*, 30 de septiembre de 2018.

MADRIGAL ESTEBAN, M. J.: “La positivización de la doctrina “in house” y, con ella, la de la “colaboración horizontal” entre poderes públicos para la realización en común de tareas de servicio público”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 36, 2014, págs. 128-136.

MIQUEL RODRÍGUEZ, J.: *La sociedad conjunta (joint venture corporation)*, Madrid: Civitas, 1998.

SANTIAGO IGLESIAS, D.: “Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 38, 2015.

SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M.: “¿Pueden los contratos quedar en casa? (la polémica europea sobre contratación in house)”, *Diario la Ley*, n.º 6715, 2007.

VILALTA REIXACH, M.: “Los convenios interadministrativos en el ordenamiento jurídico español desde un punto de vista contractual”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 15, 2016, págs. 83-14.

VILLAR ROJAS, F. J.: “Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales”, *Revista de estudios de la Administración Local y Autónoma*, n.º 7, 2017, págs. 5-18.