

**La cooperación entre los
poderes públicos.
Perspectiva contractual**

OTROS TÍTULOS EN ESTA COLECCIÓN

21. **LEY 7/99, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES DE ANDALUCÍA. COMENTARIOS Y JURISPRUDENCIA.**
Fernando Fernández-Figueroa Guerrero.
22. **LECCIONES DE FUNCIÓN PÚBLICA.**
Dirigido por Federico A. Castillo Blanco.
23. **LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN LITIGIOS FRENTE A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.**
José Pérez Gómez.
24. **PROCEDIMIENTOS Y FORMAS DE ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**
José Miguel Carbonero Gallardo.
25. **LOS PROBLEMAS DE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEC EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.**
María Jesús Gallardo Castillo.
26. **EL REMANENTE DE TESORERÍA. UN ESTUDIO INTEGRAL.**
José Luis Valle Torres.
27. **EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEO PÚBLICO Y SU INCIDENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL.**
Coordinado por Alberto Palomar Olmeda.
28. **LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN ANDALUCÍA**
Carlos López López.
29. **LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SU APLICACIÓN POR LAS ENTIDADES LOCALES.**
Coordinado por José Antonio Moreno Molina.
30. **QUINCE ESTUDIOS PRESUPUESTARIO-CONTABLES PARA EL SECTOR LOCAL.**
José Luis Valle Torres.
31. **MANUAL PRÁCTICO DE DERECHO URBANÍSTICO DE ANDALUCÍA.**
Coordinado por Venancio Gutiérrez Colomina y Francisco Javier Gutiérrez Julián.
32. **FORMULARIOS DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.**
José Ignacio Rico Gómez y Joaquín Meseguer Yebra.
33. **ENTIDADES LOCALES Y DERECHO DE DISCAPACIDAD**
Coordinado por Juan González-Badía Fraga.
34. **ADMINISTRACIÓN Y EMPLEO PÚBLICO EN ESPAÑA**
Manuel Álvarez Rico, Vicente María González-Haba Guisado, Enrique Orduña Prada
35. **ESTUDIOS SOBRE LA LEY DE AUTONOMÍA LOCAL DE ANDALUCÍA (LAULA) Y LA LEY DE PARTICIPACIÓN DE LAS ENTIDADES LOCALES EN LOS TRIBUTOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA**
Coordinado por Manuel Zafrá Víctor.
36. **COMENTARIOS A LA LEY ORGÁNICA DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL CUERPO DE LA POLICÍA NACIONAL**
Gustavo García-Villanova Zurita y Javier Luna Quesada.
37. **AUTONOMÍA Y SUFICIENCIA FINANCIERA LOCAL. LA CAPACIDAD TRIBUTARIA DE LAS ENTIDADES LOCALES.**
Jesús Ramos Prieto y María José Trigueros Martín.
38. **NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES LOCALES.**
Remedios Roqueta Buj.
39. **EL PERSONAL LABORAL Y MEDIDAS DE ADECUACIÓN A LA CRISIS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.**
Xavier Boltaina Bosch.
40. **LA SANCIÓN DE PRESTACIONES EN EL BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN LAS ORDENANZAS DE CONVIVENCIA CIUDADANA.**
M^a Jesús García García.
41. **LA INCAPACIDAD TEMPORAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN LA ADMINISTRACIÓN LOCAL**
M^a Antonia Pérez Alonso
42. **COMPETENCIA LOCAL EN MATERIA DE POLICÍA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CUERPOS DE POLICÍA LOCAL**
Agustín Juan Gil Franco

La cooperación entre los poderes públicos. Perspectiva contractual

JOSE CARLOS CASTIÑEIRA PIÑEIRO
Secretario de Administración Municipal. Ayuntamiento de Pontevedra
Presidente del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de
Administración Local de Pontevedra



CEMCi

GRANADA, 2015

© Autor
© CEMCi Publicaciones
Plaza Mariana Pineda, 8. 18009-Granada
Correo electrónico:aurena@CEMCi.org
Web:<http://www.CEMCi.org>

ISBN: 978-84-16219-09-4
Depósito legal: GR-1.174-2015

Impreso: Imprenta Diputación de Granada

Impreso en España - Printed in Spain

El editor no se hace responsable de las opiniones expresadas por sus colaboradores

*Solo poniendo en tela de juicio las cosas es posible cambiarlas,
pero sólo confiando en las personas que te estiman se pueden cambiar las cosas,
A todos los que hacen posible el cambio a un mundo mejor,
Gracias a mi familia y amigos por hacer posible ese mundo mejor.*

LISTADO DE ACRÓNIMOS

Acrónimo	Significado
ALCE	Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales
ALCSP	Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público
AN	Audiencia Nacional
CCC	Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía
CNC	Comisión Nacional de la Competencia ¹
CORA	Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas
CE	Consejo de Estado
DC	Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión
DCON	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
DCON04	Directiva 2004/18/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios
DE04	Directiva 2004/17/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores de agua, de la energía, de los transportes y servicios postales

¹ Desde el 7 de octubre de 2013, este órgano está integrado en la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

DE	Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE
DR	Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras
FEMP	Federación Española de Municipios y Provincias
JCC	Juntas Consultivas de Contratación
JCCA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón
JCCAT	Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña
JCCGA	Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia
JCCE	Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado
JCCIB	Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares
JCCVA	Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia
LALGA	Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia
LFN	Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra
LOEPSF	Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera
LCSP	Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
LES	Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible
LF	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones
LPC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común
LUM	Ley 20/2013, de 10 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local
LRNAL	Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local
LTRANS	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
PIB	Producto Interior Bruto

RGLCAP	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
RCSP	Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público
TC	Tribunal de Cuentas
TCEE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRAGSA	Empresa de Transformación Agraria, Sociedad Anónima, y de sus filiales
TRLCAP	Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TRLCSP	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TRRL	Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

ÍNDICE

LISTADO DE ACRÓNIMOS.....	9
PRESENTACIÓN.....	17
INTRODUCCIÓN.....	21
CAPÍTULO I: EL ORDEN DE FUENTES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	29
1.1. DERECHO DE LA UE.....	31
1.2. DERECHO INTERNO.....	51
1.2.1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	52
1.2.2. LEGISLACIÓN DIRECTAMENTE APLICABLE DEL ESTADO.....	53
1.2.3. NORMATIVA AUTONÓMICA Y LOCAL.....	65
1.2.4. NORMATIVA APLICABLE A LOS PODERES ADJUDICADORES NO ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.....	65
1.2.5. NORMATIVA APLICABLE A LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO QUE NO SON PODERESADJUDICADORES.....	66
CAPÍTULO II: EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	69
2.1. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN.....	72
2.1.1. ÁMBITO SUBJETIVO EN EL DERECHO DE LA UE.....	72
2.1.2. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO INTERNO.....	86
2.2. ÁMBITO OBJETIVO DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN.....	91
2.2.1. CONCESIONES.....	92
2.2.2. CONTRATOS PÚBLICOS.....	105
2.3. EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	124

CAPÍTULO III: LAS RELACIONES DE NATURALEZA CONTRACTUAL ENTRE PODERES PÚBLICOS A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN.....	143
CAPÍTULO IV: LA COLABORACIÓN ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS EN LA DOCTRINA DE LAS INSTITUCIONES NO JUDICIALES DE LA UNIÓN.....	159
CAPÍTULO V: LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE PODERES ADJUDICADORES ESTÁN SUJETAS A LA NORMATIVA CONTRACTUAL: REGLA GENERAL Y EXCEPCIONES	167
5.1. REGLA GENERAL: LAS RELACIONES CONTRACTUALES ENTRE PODERES ADJUDICADORES ESTÁN SUJETAS A LA NORMATIVA CONTRACTUAL	169
5.2. EXCEPCIONES: EXISTEN CIERTAS FORMAS DE COOPERACIÓN QUE QUEDAN EXCLUIDAS DE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN DE LA UE.....	169
CAPÍTULO VI: LA COOPERACIÓN INSTITUCIONAL/VERTICAL.....	173
6.1. INTRODUCCIÓN	175
6.2. PRIMER REQUISITO: CONTROL ANÁLOGO.....	177
6.3. SEGUNDO REQUISITO: LA PARTE ESENCIAL DE LA ACTIVIDAD DEBE REALIZARSE CON LOS PODERES ADJUDICADORES QUE CONTROLAN AL ENTE INSTRUMENTAL	191
6.4. ASPECTOS NO RESUELTOS	192
CAPÍTULO VII: LA REGULACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN SOBRE LA COOPERACIÓN ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS. LA COOPERACIÓN VERTICAL	195
7.1. JUSTIFICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS	197
7.2. CONTRATOS “ <i>IN HOUSE</i> ” CON CONTROL INDIVIDUAL	202
7.3. CONTRATOS “ <i>IN HOUSE</i> ” A LA INVERSA Y HORIZONTALES	206
7.4. COOPERACIÓN INSTITUCIONAL/VERTICAL CONJUNTA	207
CAPÍTULO VIII: LA COOPERACIÓN VERTICAL/INSTITUCIONAL EN EL DERECHO INTERNO A TRAVÉS DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN	211
8.1. INTRODUCCIÓN	213
8.2. CONCEPTO	216

8.3. ELEMENTOS Y REQUISITOS DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN	217
8.4. DIFERENCIAS DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN CON LAS “ACTUACIONES PROPIAS DE LA ADMINISTRACIÓN”	236
8.5. POSIBILIDADES DE EJECUCIÓN A TRAVÉS DE MEDIOS PROPIOS	241
8.6. CONTRATACIÓN DEL MEDIO PROPIO CON TERCEROS	242
8.7. DIFERENCIA DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN CON OTRAS FIGURAS	249
8.8. RESPONSABILIDAD EN LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN	252
8.9. FUNDACIONES	262
8.10. ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS EN EL ALCSP	271
8.11. RÉGIMEN DE LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN EN NAVARRA	290
8.12. ESPECIAL REFERENCIA A TRAGSA	293
CAPÍTULO IX: LA COOPERACIÓN HORIZONTAL/NO INSTITUCIONAL	301
9.1. INTRODUCCIÓN	303
9.2. REQUISITOS	305
CAPÍTULO X: LA COOPERACIÓN HORIZONTAL/NO INSTITUCIONAL EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	311
10.1. COOPERACIÓN HORIZONTAL/NO INSTITUCIONAL	313
10.2. NECESIDAD DE UNA DIRECTIVA SOBRE LA COOPERACIÓN ENTRE ENTIDADES PÚBLICAS	318
CAPÍTULO XI: LA COOPERACIÓN HORIZONTAL/NO INSTITUCIONAL EN EL DERECHO INTERNO	319
11.1. AUSENCIA DE REGULACIÓN EN EL DERECHO INTERNO DE LA COOPERACIÓN NO INSTITUCIONAL	321
11.2. COOPERACIÓN HORIZONTAL EN EL ALCSP	323
CAPÍTULO XII: LA EJECUCIÓN DE TAREAS PÚBLICAS MEDIANTE RECURSOS AJENOS	333
12.1. REDISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE AUTORIDADES PÚBLICAS	335
12.1.1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN EL DERECHO DE LA UE .	335
12.1.2. DELEGACIÓN Y TRANSFERENCIAS DE COMPETENCIAS EN NUESTRO DERECHO INTERNO	339
12.1.3. RELACIONES ENTRE MANCOMUNIDADES Y CONSORCIOS CON LOS AYUNTAMIENTOS QUE FORMEN PARTE DE LOS MISMOS	344

12.1.4. RELACIONES ENTRE LAS SOCIEDADES MERCANTILES Y ORGANISMOS AUTÓNOMOS CON LOS ENTES TERRITORIALES, ESPECIALMENTE AYUNTAMIENTOS, QUE SEAN MATRICES.....	348
12.2. ASIGNACIONES NO CONTRACTUALES	350
12.3. RELACIONES ENTRE LAS NORMAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CIERTOS DERECHOS EXCLUSIVOS	351
12.4. RELACIONES ENTRE PODERES ADJUDICADORES EN LAS COMPRAS CONJUNTAS.....	353
12.4.1. QUE LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS DE COMPRA CONJUNTA NO ESTÁN SUJETAS A LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	353
12.4.2. QUE NO CONSTITUYEN UNA EXPRESIÓN UNÍVOCA, SINO QUE PRESENTAN DIVERSAS MANIFESTACIONES (INFORMES 12/12, DE LA JCCAT Y 5/2014, DE LA JCCA, DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE COOPERACIÓN DENTRO DEL SECTOR PÚBLICO Y CONSIDERANDO 71 DE LA DCON).....	354
12.4.3. LAS FORMAS DE LICITACIÓN CONJUNTA EN EL ÁMBITO LOCAL.....	375
12.4.4. LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN EN ALGUNOS SUPUESTOS ENTRE LAS FORMAS ORGANIZATIVAS DE COLABORACIÓN CONJUNTA Y LAS CONTRATACIONES ENTRE PODERES ADJUDICADORES SUJETOS A LA NORMATIVA DE CONTRATACIÓN.....	377
 CAPÍTULO XIII: EJEMPLOS DE COOPERACIONES DIRECTAS NO ADMISIBLES Y POSIBLES	 379
13.1. COOPERACIONES DIRECTAS NO ADMISIBLES.....	381
13.2. COOPERACIONES DIRECTAS POSIBLES.....	384
 CAPÍTULO XIV: CONSIDERACIONES FINALES	 389
 BIBLIOGRAFÍA.....	 395

PRESENTACIÓN

Solemos autoafirmar nuestro compromiso con la investigación y con la formación porque nos lleva a interpelarnos continuamente sobre si estamos en los caminos adecuados para alcanzar los logros propuestos en nuestros Planes de Actuación.

A nadie se le escapa que estamos atravesando una muy delicada situación global de la que no es ajena la Administración Local. Es verdad de que ya hay indicios –pero sólo en lo macroeconómico– de que quizá estemos a punto de revertirla para dejar atrás definitivamente casi una década en la que los ciudadanos han tenido motivos suficientes para echar de menos actuaciones más decididas y, sobre todo, más cooperativas de los poderes públicos.

Es esta reflexión la que nos lleva a afirmar que “La cooperación entre poderes públicos. Perspectiva contractual” es materia de suficiente enjundia y calado para haber sido abordada en estos momentos por José Carlos Castiñeira Piñeiro, Secretario de Administración Municipal, ejerciente en el Ayuntamiento de Pontevedra, y Presidente del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local de la misma provincia.

Castiñeira Piñeiro, como otros expertos en la administración, apuesta tras minuciosos análisis que parten de la situación actual por instrumentar relaciones de máxima cooperación que cambien las formas de relacionarse aquella, y por tanto los poderes públicos, con los ciudadanos.

No es ya ningún secreto para ustedes, estimados lectores, estudiosos y colaboradores del Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional (CEMCI) de la Diputación de Granada, que mantenemos como fundamento de nuestra filosofía las grandes líneas de actuación como centro de excelencia e innovación en formación de directivos, cargos electos, habilitados nacionales

y empleados públicos locales de nivel superior o medio y el ser instrumento de apoyo a los municipios.

Ahí, en esta filosofía, y porque así lo reitera el Plan de Acción para 2015, cuando alcanzamos con este el número 43 de la Colección Análisis y Comentarios, radican nuestros compromisos, que como mandamientos para quienes tenemos el deber de darles cumplimiento se reducen a dar ejemplo de continuidad en este servicio, porque la obra editorial del Centro sigue progresando, y lo hace en paralelo a su trabajo como entidad formadora e investigadora. Ellas, obras editorial, formativa e investigadora constituyen una unidad indisoluble, una unidad de conocimiento y una unidad de acción con diversidad de manifestaciones.

La colección Análisis y Comentarios tiene su finalidad en dar cabida a estudios sistemáticos que profundicen en los aspectos más relevantes y atractivos de las administraciones locales, procurando –ya sus esforzados autores se encargan de ello– en buscar su mejor atractivo en la oportunidad que siempre otorga su más inmediata actualidad. Una Colección que procura atender al interés que generan los asuntos que abordan, al rigor de sus análisis y planteamientos y a la utilidad que proporcionan a profesionales y trabajadores de las administraciones locales.

José Carlos Castiñeira Piñeiro se adentra pormenorizadamente en la problemática enunciada en el título de la obra en capítulos que abordan esta temática con los siguientes epígrafes: El orden de fuentes en la contratación pública, El ámbito de aplicación de la normativa, Las relaciones de naturaleza contractual entre poderes públicos a través de los convenios de colaboración, La colaboración entre entidades públicas en la doctrina de las instituciones no judiciales de la Unión, Las relaciones contractuales entre poderes adjudicadores están sujetas a la normativa contractual, La regulación de las directivas de contratación sobre la cooperación entre entidades públicas, La cooperación vertical/institucional en el derecho interno a través de las encomiendas de gestión, La cooperación horizontal/no institucional en las nuevas directivas de contratación pública, La ejecución de tareas públicas mediante recursos ajenos y Ejemplos de cooperaciones directas no admisibles y posibles.

Un contenido atractivo, y sobre todo enjundioso para afrontar ya éste presente tan exigente, donde la ciudadanía demanda de los poderes públicos servicios pensando exclusivamente en ella. Para lo cual, a nosotros como al autor, se nos antoja que sólo hay un camino eficaz y eficiente, la cooperación entre esos poderes a todos los niveles de la Administración.

Lo que es, pues, de agradecer que venga a recordárnoslo y nos dé instrumentos y vías para que esta cooperación sea efectiva en la práctica cotidiana en todos los sectores públicos. Así se lo agradecemos al autor y a todos ustedes, lectores y colaboradores de este Centro. Muchas gracias a todos.

CEMCI

INTRODUCCIÓN

Las relaciones entre los poderes públicos, principalmente administraciones públicas, se han desarrollado históricamente como una cuestión totalmente ajena a la normativa de contratación, aun cuando materialmente constituyesen relaciones de esta naturaleza.

Se consideraba que el interés público perseguido por estos sujetos públicos amparaba y justificaba cualquier tipo de relación directa entre ellos, independientemente de su contenido y de los operadores económicos perjudicados o afectados. La satisfacción del interés general era tan fuerte que relegaba a un segundo plano el resto de normas y principios del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la entrada de España en la Comunidad Europea, hoy UE, ha supuesto una mutación sustancial en diversos ámbitos, de modo particular, en las relaciones entre poderes públicos. Para el Derecho europeo los intereses públicos deben protegerse siempre con pleno sometimiento a las reglas y principios del Derecho primario y derivado. La pertenencia a este nuevo ámbito supuso la plena operatividad y eficacia en España de un ordenamiento jurídico y la necesidad de adaptar el Derecho interno a las exigencias que requería su cumplimiento.

Debe advertirse que el Derecho comunitario, a raíz de la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cambió de denominación y adoptó el nombre de Derecho de la UE. Además, este Tratado ha modificado la denominación del TCEE por la de TFUE y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por el de TJUE (sentencias de 15 de enero de 2010, de la Sala Civil del TS y de 2 de octubre de 2012, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS). Al citar las sentencias del alto tribunal europeo, se empleará la referencia a su denominación actual con independencia del nombre que el mismo tuviese cuando se dictó la resolución judicial.

Uno de los ámbitos en los que más incide el Derecho de la UE es en la contratación pública, de modo especial, en las relaciones entre administraciones públicas cuando tengan por objeto relaciones de esta naturaleza.

No fue un camino fácil en España la interiorización de las nuevas exigencias europeas, en la medida que no estaban recogidas en una normativa concreta, clara y precisa cuándo las relaciones entre las entidades públicas se sometían al Derecho de contratación. Esta sujeción es producto de la interpretación del TJUE del Derecho primario contenido en el TFUE, así como de las directivas que lo desarrollan.

Además, esta aplicación admitía excepciones, desarrolladas por el TJUE en abundante jurisprudencia que, aún a día de hoy, no está totalmente perfilada. Sirva de ejemplo, que hasta el año 2014, el TJUE no ha precisado que no caben adjudicaciones directas “*in house*” horizontales entre entes públicos sujetos al mismo ente matriz (sentencia de 8 de abril de 2014, Asunto Datenlotsen Informationssysteme), es decir, adjudicaciones directas de contratos entre entes públicos controlados por la misma administración.

El Derecho de la UE creó una situación de inseguridad jurídica² a la hora de determinar cuándo actuaciones conjuntas entre diversos poderes públicos deben sujetarse a la normativa de contratación pública.

El otro motivo que dificultó la asunción de someter las relaciones contractuales entre entes públicos fue la dificultad interna de cambiar el paradigma de actuar de las administraciones públicas. Es difícil que los entes públicos muten prácticas muy arraigadas en un corto plazo de tiempo. Los sujetos públicos estaban acostumbrados a relaciones directas entre ellos sin ningún tipo de límite y no se cuestionaba de forma clara y abierta que las mismas se tuviesen que someter, en su caso, a la obligación de incoar un procedimiento de adjudicación y de concurrencia con operadores privados. En determinados supuestos la asunción de la obligación de transparencia supone una modificación trascendental en la mentalidad pública.

² Esta situación de inseguridad jurídica fue reconocida por numerosas resoluciones de instituciones europeas. Entre ellas, puede leerse la Resolución del Parlamento Europeo de 26 de octubre de 2006, sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2006/2043 (INI)), <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0462+0+DOC+XML+V0//ES>, página visitada el 9 de marzo de 2015.

La necesidad de someter las relaciones contractuales a este sector del ordenamiento jurídico está motivada por las exigencias del cumplimiento de los objetivos del Derecho de la UE: *“la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros en los ámbitos de ejecución de obras, suministro de productos y prestación de servicios, lo cual implica la obligación de toda entidad adjudicadora de aplicar las normas pertinentes del Derecho de la Unión cuando se cumplan los requisitos establecidos por éste”* (sentencias del TJUE de 11 de enero de 2005, Asunto Stadt Halle y en el Asunto Datenlotsen Informationssysteme).

El cumplimiento de los objetivos expuestos conlleva que todas las relaciones entre sujetos, con independencia de que sean públicos o no, se sometan a la normativa de contratación siempre y cuando concurren los requisitos de aplicación de este ordenamiento.

No obstante, los objetivos anteriores deben conciliarse con la libertad de que gozan los poderes públicos para realizar las tareas de interés público que le corresponden, a través de sus propios medios administrativos, técnicos y de otro tipo, sin verse obligados a recurrir a entidades externas (sentencias del TJUE de 18 de noviembre de 1999, Asunto Teckal y en el Asunto Stadt Halle) o colaborando con otros (sentencia del TJUE de 9 de junio de 2009, Asunto Hamburgo). En otros términos, los sujetos públicos tienen libertad organizativa que no puede ni debe sujetarse a la normativa de contratación pública.

Al amparo de estas libertades de los poderes públicos, el TJUE ha reconocido dos supuestos en los que las relaciones contractuales entre entes públicos no se sujetan al ordenamiento contractual: cooperación vertical/institucional y cooperación horizontal o no institucional (sentencia del TJUE de 13 de junio de 2013, Asunto Piepenbrock).

La cooperación vertical alude a aquellas cooperaciones entre administraciones públicas y personas jurídicas creadas por ellas para satisfacer sus necesidades. La persona jurídica constituye un instrumento o medio propio del matriz para que este último pueda ejecutar sus tareas públicas. Las relaciones entre ambos son ajenas a la normativa propia de los contratos públicos porque realmente no existe un contrato, por no constituir dichas actuaciones conjuntas un concurso de voluntades diferentes que representan distintos intereses. Estas relaciones, aun cuando materialmente puedan constituir contratos, no se sujetarán a la normativa contractual si cumplen determinadas condiciones que han sido precisadas por el TJUE. La concurrencia de esta excepción, especialmente de sus requisitos, debe interpretarse de forma restrictiva para garantizar

la plena aplicación de los objetivos de la UE (sentencia del TJUE en el Asunto *Datenlotsen Informationssysteme*).

La cooperación horizontal es aquella que se establece entre entes públicos sin crear una persona jurídica para garantizar una misión de servicio público común (por ejemplo, la eliminación de residuos). El objeto de la misma es establecer una verdadera cooperación para garantizar el cumplimiento de una función de servicio público común a las entidades participantes. En esta cooperación es fundamental que implique derechos y obligaciones recíprocas para los cooperantes. Para que sea admisible esta excepción deben concurrir las condiciones precisadas por la jurisprudencia del TJUE (sentencia del TJUE en el Asunto *Piepenbrock*).

En este ámbito de cooperación pública, especial mención merecen las delegaciones entre entes públicos. Múltiples delegaciones entre sujetos públicos cumplen los requisitos objetivos para apreciar la existencia de un contrato público y, en consecuencia, no se pueden realizar directamente. Si la delegación no es total, puede someterse en su caso a la normativa de la UE de contratación (Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión de 4 de octubre de 2011, relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación dentro del sector público³).

El problema esencial reside en cómo delimitar de forma clara y precisa cuando las entidades públicas están en relaciones contractuales sujetas a la obligación de licitación. Los requisitos y condiciones han sido precisados por el TJUE, pero no se han plasmado de forma clara y precisa por el poder normativo de la Unión ni por el interno con pleno respeto de la jurisprudencia del alto tribunal europeo.

Cierto que las nuevas directivas de contratación del año 2014 (DC, DCON y DE) pretenden recoger los requisitos para que los contratos entre entes públicos se puedan celebrar directamente, pero como se demostrará, no responden a las exigencias del Derecho primario interpretado por el alto tribunal europeo, lo

³ COMISIÓN EUROPEA, *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)*, 2011, http://economia.gencat.cat/web/.content/70_contractacio_jcca/documents/regulacio_juridica/doc-sevicios-comision.pdf, página visitada el 9 de marzo de 2015.

que obligará a los operadores jurídicos a conocer e interpretar la jurisprudencia del TJUE.

Por otro lado, nuestro Derecho interno, sólo ha recogido, no correctamente, la cooperación vertical admisible (artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP), sin hacer referencia a las cooperaciones horizontales ni considerar que las delegaciones se pueden sujetar al Derecho de la UE.

El ALCSP⁴ suponía una buena oportunidad para regular las cooperaciones públicas excluidas de la obligación de licitación con pleno sometimiento a las exigencias derivadas del TFUE y ello, a pesar de que se considere que su ordenación debería establecerse en una norma legal propia, en la medida que si realmente constituyen cooperaciones que no deben ser consideradas o tratadas como contratos, no resulta adecuado que se ordenen por la ley de cabecera de estos negocios jurídicos en España.

Sin embargo, este anteproyecto, como se analizará dista de cumplir las exigencias y condiciones que ha fijado el TJUE para admitir las cooperaciones directas entre autoridades públicas, entre otros motivos, porque admite la presencia de intereses privados en el poder adjudicador, determina un umbral muy elevado de la actividad que pueden realizar los medios propios personificados con terceros (20%) y establece una regulación muy parca de la cooperación horizontal.

En todo caso, advertir que esta norma interna en tramitación supone una mejora en relación a la regulación actual, en la medida que precisa aspectos anteriormente no establecidos por el ordenamiento en vigor: diferencia entre el control conjunto e individual en los encargos a medios propios personificados, precisa las encomiendas de gestión de forma más precisa diferenciándola de la ejecución de prestaciones propias de la administración sin personalidad jurídica, introduce obligaciones de publicidad activa, menciona y establece una mínima ordenación de las cooperaciones horizontales, etc.

Esta situación va a suponer la necesidad de adoptar una regulación a nivel europeo e interno que recoja y sistematice cuales son los requisitos en que los entes públicos pueden cooperar, con pleno respeto de la normativa de contratación. Esas

⁴ El ALCSP analizado es la versión de marzo de 2015, que se podía consultar en el siguiente enlace: http://contratodeobras.com/images/Ley-de-Contratos_Borrador-del-Anteproyecto.pdf, página visitada el día 17 de marzo de 2015.

condiciones deben cumplir con el Derecho primario interpretado por el TJUE y, en el supuesto de que pretendan modificarlas deberá reformarse el TFUE.

No obstante, en España la situación de sumisión a las exigencias de la contratación por parte de las entidades públicas está cambiando, fundamentalmente fruto de las sentencias del TJUE (de forma especial, destaca la sentencia de 13 de enero de 2005, Asunto Comisión/España), que está obligando a modificar el ordenamiento jurídico para adaptarse a los nuevos parámetros normativos. La LCSP y el TRLCSP suponen un avance muy importante en la sumisión de las relaciones públicas a la normativa de contratación. Al mismo tiempo, la labor de los órganos consultivos en materia de contratación y de los órganos de recursos contractuales está ayudando de manera muy importante en esta materia. En este sentido, la JCCA en el informe 21/2011, recuerda que la contratación pública “*está desplegando un marcado carácter horizontal que comporta una evidente vis expansiva de los procedimientos públicos de contratación, sin que interpretaciones formales puedan servir de excusa para no aplicar de hecho estas prescripciones*”.

Desde otra perspectiva, debe tenerse en cuenta la importancia que está adquiriendo la contratación pública en todos los países miembros, en la medida que es el ordenamiento jurídico más depurado por el Derecho de la UE, lo que está suponiendo una revolución jurídica, en la medida que es un instrumento esencial para conseguir otros objetivos de política europea ya que, en términos cuantitativos representa una parte muy importante del PIB europeo. Como señala Gimeno Feliu⁵, en el año 2007, los últimos estudios establecían que los contratos públicos representaban en torno al 16% del PIB de la UE (1500 billones de euros), variando considerablemente de un Estado miembro a otro, oscilando entre el 11% y 20%, situándose alrededor del 13% en España. En el Informe de la Comisión Europea⁶ de la evaluación del impacto y la eficacia de

⁵ GIMENO FELIU, JOSÉ MARÍA, *Las Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público*, 2007, <http://www.pcmangement.es/legislacion/general/Las%20novedades%20de%20la%20ley%20de%20contratos.pdf>, página visitada el 9 de marzo de 2015, pp.8-9. Esos datos los extrajo de la página web de la Dirección General del Mercado Interior http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/introduction_en.htm y del “*Informe y conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública en España*”, Ministerio de Hacienda, 2004, p. 25.

⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Informe de la evaluación del impacto y la eficacia de la legislación de la UE sobre contratación pública*, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executive-summary_es.pdf, página visitada el 9 de marzo

la legislación de la UE sobre contratación pública, se establece que la contratación pública en el año 2009 ascendió a más de 2 billones de euros, de los cuales 420 000 millones de euros se anunciaron en el Diario Oficial de la Unión Europea (un 3,6 % del PIB de la Unión). En el citado informe se calcula que la aplicación de las directivas sobre contratación pública permitió un ahorro de unos 20 000 millones de euros.

Actualmente la contratación pública en España supone sobre el 18,5% del PIB⁷.

Del volumen total de la contratación pública, las relaciones contractuales entre entes públicos representan una cuantía importante, aun cuando sólo se dispone de datos parciales. Sirva de muestra el dato de que en el período 2008-2012 en los Departamentos Ministeriales, Organismos Autónomos y Agencias que se encuentran dentro del ámbito de competencias del Departamento de Fiscalización del Área Político-Administrativa del Estado a 31 de diciembre de 2012, el número de encomiendas realizadas había sido de 1047 por parte de los Ministerios por un importe de 1 508 354 356,69 euros⁸.

En los siguientes apartados se analizará de forma detallada cual es el alcance de la obligación de licitación en las relaciones entre entes públicos, los requisitos y condiciones que exige la jurisprudencia para poder actuar de forma conjunta sin la obligación de incoar un procedimiento de adjudicación, la regulación que contiene el poder normativo europeo e interno sobre esta cuestión, la

de 2015.

⁷ Datos publicados en la página del Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/>, página visitada el 9 de marzo de 2015. En cambio, en la memoria de análisis de impacto normativo del ALCSP, se destaca que la contratación pública en España representa el 15,5% del PIB y, en el conjunto de la UE el 19% del PIB. Esta memoria se puede leer: http://contratodeobras.com/images/Ley-de-Contratos_Memoria-de-impacto-normativo.pdf, página visitada el 17 de marzo de 2015.

⁸ TC, *Informe número 1003 de fiscalización de la utilización de la encomienda de gestión regulada en la legislación de contratación pública por los Ministerios, Agencias y Organismos Autónomos del Área Político-Administrativa del Estado*, ejercicios 2008-2012, 2013, <http://www.tcu.es/tribunal-de-cuentas/es/search/alfresco/index.html?docType=INFORME&docType=MEMORIA&docType=MOCI%C3%93N&docType=NOTA&docType=RESOLUCI%C3%93N%20DE%20LA%20COMISI%C3%93N%20MIXTA&docType=DECLARACI%C3%93N%20CUENTA%20GENERAL%20DEL%20ESTADO>, página visitada el 9 de marzo de 2015, pp.14-15.

que se prevé en el ALCSP y en el ALCE⁹, haciendo mención a sus insuficiencias y se terminará con una referencia a algunos ejemplos de cooperaciones públicas directas admisibles y prohibidas.

Este análisis debe contribuir a aclarar y resolver si son posibles situaciones cotidianas de nuestra realidad jurídica como si una mancomunidad puede prestar directamente el servicio de recogida de basuras de un municipio, si un ayuntamiento puede constituir una sociedad anónima para prestar servicios a otros ayuntamientos, etc.

Pero antes de analizar esos apartados se debe hacer referencia a cuál es el orden de fuentes aplicable y el ámbito de la normativa de contratación pública que puede determinar la sujeción de las relaciones entre entes públicos a este sector jurídico.

⁹ El ALCE analizado es la versión de marzo de 2015, que se podía consultar en el siguiente enlace: http://contratodeobras.com/images/Sectores-especiales_Borrador-del-Anteproyecto.pdf, página visitada el día 17 de marzo de 2015.