



## **INFORME 2/2021 DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA SOBRE SUPUESTOS EXCLUIDOS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY FORAL DE CONTRATOS PÚBLICOS**

Con fecha 28 de diciembre de 2020 se recibe en el correo electrónico de la Junta de Contratación Pública escrito firmado por don Jesús Arrizubieta Astiz. Alcalde del M.I. Ayuntamiento de Tafalla en el que señala que *“La sociedad pública NASUVINSA propone al Ayuntamiento de Tafalla la suscripción de un Convenio de Colaboración para la promoción y ejecución de un polígono de actividades económicas de ámbito local, con el contenido que se señala en el citado documento. Surgen dudas sobre la figura jurídica en la que se recogen los compromisos y obligaciones propuestos para las partes, Convenio de Colaboración. En particular, si el Convenio de Colaboración entre un Ayuntamiento y la Sociedad Pública NASUVINSA, ente instrumental del Gobierno de Navarra, encaja en la figura jurídica del Convenio de Colaboración descrito en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y el artículo 7.1 h) de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra, en cuyo caso habría que formalizarlo cumpliendo los requisitos del artículo 8.9 de la Ley Foral 2/2018, o si por el contrario debe articularse a través del contrato de servicios u otro tipo de contrato por contener prestaciones de carácter contractual patrimonial propias del tráfico mercantil.”*

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.-** De acuerdo con el artículo 8.b) del Decreto Foral 74/2019, de 26 de junio, por el que se regula la Junta de Contratación Pública (DFJCP), están facultados para pedir informes los órganos de gobierno de las Entidades Locales, en el ámbito de sus competencias.

**SEGUNDA.-** Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 119.4.c) de la Ley Foral 2/2018 de 13 de abril, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), en relación con el artículo 2.1.c) DFJCP, la Junta de Contratación Pública es competente para informar sobre cuestiones que atañen a la contratación pública. De su propio tenor literal se desprende que la

solicitud de informe debe trascender el caso concreto y buscar la adopción de un criterio general aplicable a otros casos. Por tanto, esta Junta carece de competencia para informar sobre supuestos particulares.

Esta apreciación competencial es relevante puesto que delimita un ámbito concreto, y al mismo tiempo de forma implícita, excluye del mismo cualesquiera otras cuestiones de tipo jurídico que no afecten al sistema de contratación pública establecido por la Ley Foral 2/2018, de 16 de abril, de Contratos Públicos (LFCP).

**TERCERA.-** No obstante todo lo anterior, debido a la repercusión que tienen sobre el interés general las cuestiones referentes a la delimitación del concepto de contrato público, para garantizar el cumplimiento de los principios generales de la contratación pública, se procede a su contestación.

**CUARTA.-** De acuerdo con el contenido de la solicitud y con las competencias que corresponden a esta Junta, para que la entidad solicitante pueda ver despejadas sus dudas es preciso delimitar los caracteres del contrato público, que lo hacen diferente de otras figuras como los convenios de colaboración, de forma que si el objeto y la causa del negocio jurídico que suscita este informe encaja en el concepto de contrato público, *sensu contrario*, no podrá ser constitutivo de un convenio, y sólo en el caso de que el contenido no tenga los caracteres propios de un contrato, podrá calificarse como convenio.

La afirmación anterior se desprende directamente del contenido del artículo 7.1.h) cuyo tenor literal lo señala de forma expresa: *“h) Los convenios de colaboración que celebren los poderes adjudicadores públicos, entre sí o con otras Administraciones, Organismos y Entidades Públicas, así como los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración de la Comunidad Foral con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado, siempre que su objeto y causa no esté comprendido en los contratos regulados en esta ley foral o en normas administrativas especiales.”*

De la misma forma, el artículo 47.1, tercer párrafo de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJ), afirma *“Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En*

*tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.” Y, en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra, el artículo 88.3 de la Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo, de Administración de la Comunidad Foral de Navarra y del sector público institucional foral “Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos.”*

En consecuencia, ha de observarse al convenio como una categoría residual, aplicable únicamente en el caso de que el negocio jurídico que se contempla no pueda calificarse de contrato.

**QUINTA.-** Visto que no es posible la identidad de figuras, y que la utilización de una u otra no es opcional, habremos de detenernos precisamente en el objeto de los contratos públicos como elemento diferenciador de los convenios, que quedarían como categoría residual.

El artículo Artículo 3. LFCP establece: *“Son contratos públicos, a efectos de esta ley foral, los contratos onerosos celebrados por escrito entre una o varias empresas o profesionales y una o varias entidades sometidas a esta ley foral, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos, la prestación de servicios o las concesiones de obras y servicios, así como los contemplados en el artículo 5 de esta ley foral.*

*Se entenderá que concurre el carácter oneroso cuando el contratista obtenga algún beneficio de tipo económico, ya sea forma directa o indirecta.”*

Por lo tanto, sólo los contratos onerosos, cuyo contenido consista en desarrollar una actividad que forme parte del tráfico mercantil (ya sea un servicio, una obra, o la aportación de un suministro), serán contratos públicos en sentido estricto y por lo tanto les será de aplicación todo el régimen jurídico previsto en la LFCP, cuya principal finalidad es la salvaguarda de los principios igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia e integridad (artículo 2 LFCP).

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre esta cuestión, y su postura es clara. Entre las más recientes sentencias que examinan este tema, puede citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 28 de mayo de 2020 (asunto C-796/18) que afirma: *“Por consiguiente, para ser calificado de*

«contrato público», en el sentido de esa disposición, un contrato debe haberse celebrado a título oneroso e implicar, por tanto, que el poder adjudicador que celebra un contrato público reciba en virtud de este, mediante una contrapartida, una prestación que debe comportar un interés económico directo para ese poder adjudicador. Además, dicho contrato debe tener carácter sinalagmático, constituyendo este rasgo una característica esencial de los contratos públicos (véase, por analogía, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, apartado 43)” y en el idéntico sentido, la Sentencia del mismo tribunal de 10 de septiembre de 2020, en el asunto C-367/19, resume la doctrina jurisprudencial a este respecto “(25)Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del sentido jurídico habitual del término «oneroso» se desprende que hace referencia a un contrato en virtud del cual cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de octubre de 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, apartado 28). El carácter sinalagmático del contrato es así una característica esencial de un contrato público (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de diciembre de 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, apartado 43; de 28 de mayo de 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, apartado 40, y de 18 de junio de 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, apartado 47). (26) Tal como ha señalado el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, aun cuando tal contraprestación no deba necesariamente consistir en el pago de una cantidad de dinero, de manera que la prestación puede retribuirse mediante otras formas de contrapartida, como el reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado (véanse, entre otras, las sentencias de 19 de diciembre de 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, C-159/11, EU:C:2012:817, apartado 29; de 13 de junio de 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, apartado 31, y de 18 de octubre de 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, apartado 29), no es menos cierto que el carácter sinalagmático de un contrato público se traduce necesariamente en la creación de obligaciones jurídicamente vinculantes para cada una de las partes, cuyo cumplimiento debe poder reclamarse judicialmente (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de marzo de 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, apartados 60 a 62).

**SEXTA.-** Finalmente, por lo que respecta a la correcta interpretación del contenido del artículo 8.9 de la LFCP, y su aplicabilidad al caso, en el que parece plantearse que la utilización del ente instrumental por parte de la entidad que solicita el informe esté sujeta a su formalización mediante un convenio, es preciso hacer algunas consideraciones.

El artículo 8 LFCP contiene la trasposición al ordenamiento jurídico navarro de la previsión contenida en el artículo 12 de la Directiva 24/2014 de Contratos Públicos, en la que por vez primera se positivizó la doctrina llamada “in house providing” sobre cuyo origen y contenido, ya se pronunció esta Junta en el informe 2/2015, en cuya consideración jurídica cuarta se señala:

*“... para el correcto entendimiento de la cuestión es fundamental conocer el origen y fundamentos de la doctrina “in house providing” ya citada. La normativa comunitaria de contratación administrativa tiene como objetivo garantizar el cumplimiento de los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad, igualdad de trato, y la obligación de transparencia, todo ello con la finalidad de hacer efectiva la libre competencia.*

*La teoría in house excepciona la regla general de la aplicación de las normas comunitarias de contratación pública, a aquellos encargos cuyo objeto es la realización de una prestación propia de un contrato de obras, de suministro o de servicios que se ejecutan por parte de las Administraciones Públicas y/o de otros organismos o entidades que se consideran medio propio de la Administración “... de manera que las tareas que se encomienda al ente instrumental no se gestionarían de modo distinto si los hubiera acometido el propio ente dominante” (informe 1/2007 Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón), al considerarse que esos contratos (desde el punto de vista del objeto) no salen de la esfera jurídica de la Administración. A este respecto, el apartado 48 de la STJCE (Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas) de 11/01/05, asunto C-26/2003 Stadt Halle y RPL Lochau, señala: Una autoridad pública, siendo una Entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a Entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una Entidad jurídicamente distinta de la Entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.*

*Teniendo en cuenta todo lo anterior, es evidente que la doctrina “in house*

*providing” supone una quiebra del principio de libre competencia y es una excepción al ámbito de aplicación del Derecho comunitario de contratos, por lo que no debe servir para eludir la ley y es preciso interpretarla de forma restrictiva como ya señala la STJCE de 13 de octubre de de 2005, Parking Brixen en su apartado 63 en el que se refiere a los conocidos como “requisitos Teckal” “...ambos requisitos expuestos en el apartado anterior deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción a dichas normas incumbe a quien quiera beneficiarse de ella”.*

En aplicación de lo expuesto, hay que resaltar que los contratos internos pueden ser formalizados, mediante los correspondientes encargos, exclusivamente entre un poder adjudicador y sus medios propios. Esta limitación excluye de plano la utilización por un poder adjudicador de los medios instrumentales de otro poder adjudicador, porque ello quebraría uno de los requisitos establecidos para aceptar que la relación tenga carácter interno y pueda sustraerse de las reglas del mercado: el control análogo (que podrá ejercerse de forma conjunta o mediante entidad interpuesta, pero que en uno u otro caso deberá ser efectivo). En consecuencia, cualquier construcción formal encaminada a salvar esta limitación puede ser considerada fraude de ley.

Es, de acuerdo con lo expuesto en el párrafo anterior como debe ser entendido el contenido del apartado 9 del citado artículo 8 LFCP cuando afirma: *“en el marco de los convenios de colaboración citados en la letra h del apartado 1 del artículo 7...”* . En una interpretación sistemática, resulta indiscutible que el convenio de colaboración no es una forma de articular la utilización por un determinado poder adjudicador del medio propio de otro poder adjudicador, sino que al contrario, el convenio de colaboración, cumplidas las exigencias que le son propias entre las que se encuentran con carácter irrenunciable la existencia de un fin común (artículo 47.1 LRJ) y la actuación en el ámbito de las respectivas competencias de las partes (artículo 48.1 LRJ), puede contemplar la participación del medio propio de una de las partes, como contribución al cumplimiento de la finalidad del convenio, sin que esta participación pueda constituir, y confundirse, con la finalidad del convenio.

## **CONCLUSIONES**

Si el contenido del convenio propuesto por NASUVINSA reúne los caracteres propios de un contrato, deberá tratarse como tal, aplicando íntegramente el régimen jurídico establecido por la Ley Foral de Contratos Públicos, sin que su calificación como convenio sea una alternativa discrecional para las partes.

Las características que determinan la existencia de un contrato público son la onerosidad y el carácter sinalagmático de las obligaciones que adquieren las partes, que se evidencian en la existencia de un interés económico directo, que puede ser reclamado judicialmente.

Un convenio de colaboración, puede contemplar la participación del medio propio de una de las partes para el cumplimiento de la finalidad común establecida dentro del ámbito de competencias de cada una de ellas. La finalidad de un convenio de colaboración no puede ser la utilización de un medio propio de un determinado poder adjudicador por parte de otro poder adjudicador.

Es todo cuanto se informa, que se somete a cualquier otro criterio mejor fundado en Derecho.

Pamplona, 17 de febrero de 2021.

LA PRESIDENTA

EL VOCAL

LA SECRETARIA

Marta Echavarren Zozaya

Ignacio Iriarte Aristu

Silvia Baines Zugasti