

LA NUEVA REGULACION DE LOS CONVENIOS DE COLABORACION INTERADMINISTRATIVOS

Juan Pozo Vilches
Teniente Coronel Auditor
Doctor en Derecho

1. INTRODUCCIÓN

Una de las figuras jurídicas más polémicas del Derecho Administrativo (o, más concretamente, del Derecho Contractual Público), y, a pesar de ello, más ignorada por la doctrina, es el convenio de colaboración.

En el presente trabajo se examinarán las principales novedades introducidas en esta materia tras la modificación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (1) por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo.

Para comprender tal reforma, debemos partir de la clasificación de los convenios de colaboración en:

a) Convenios de colaboración interadministrativos, que son aquellos que celebra la Administración General del Estado con otras Administraciones o entidades públicas, o cualquiera de ellas entre sí.

b) Convenios de colaboración celebrados por la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho Privado (2), y que a los

(1) En adelante, TRLCAP.

(2) Estos convenios no se contemplaban en el texto originario de la Ley de Contratos del Estado de 1965. Fueron introducidos en la citada Ley en 1973. En efecto, el artículo 2.7 de la Ley de Contratos del Estado, tras su modificación por Ley 5/1973, establecía que que-

exclusivos efectos de este trabajo, y para diferenciarlos de los anteriores, denominaremos convenios de colaboración *con particulares*.

Ambas clases de convenios se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP (artículo 3 del TRLCAP).

La diferencia entre ambos tipos de convenios, desde el punto de vista normativo, era muy diáfana hasta la reforma del año 2005: los convenios de colaboración con particulares no podían tener por objeto un contrato de los regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales, mientras que tal prohibición no se establecía para los convenios de colaboración interadministrativos.

Por consiguiente, no existía inconveniente legal alguno a que el objeto de un convenio de colaboración *interadministrativo* fuese el de alguno de los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales.

Y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se manifestó, en reiteradas ocasiones, en el mismo sentido. Así, en informes, entre otros, de 13 de junio de 1984 (expediente 14/84), 15 de octubre de 1985 (expediente 37/85), 4 de abril de 1989 (expedientes 1/89, 6/89 y 8/89), 28 de julio de 1994 (expediente 11/94), 16 de diciembre de 1994 (expediente 25/94), 20 de marzo de 1997 (expediente 12/97), 12 de noviembre de 1999 (expe-

daban fuera del ámbito de la citada Ley «los convenios de colaboración que, en virtud de autorización del Gobierno, celebre la Administración con particulares y que tengan por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público».

En 1988 se modificó este precepto, mediante Ley 37/1988, de Presupuestos Generales del Estado para 1989. A partir de entonces, el artículo 2.7 de la Ley de Contratos del Estado establecía que quedaban fuera del ámbito de la citada Ley «los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulen, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas de Derecho Privado, siempre que su objeto no este comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

Las diferencias entre este texto y el anterior eran las siguientes:

1. Se suprimía el requisito de la previa autorización del Gobierno (de difícil cumplimiento en la práctica).

2. Se suprimía que estos convenios debían tener por objeto «fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público».

3. Se exigía que el objeto de estos convenios no debía estar comprendido en los contratos regulados en la Ley de Contratos del Estado o en normas administrativas especiales. De esta manera se trataba de terminar con una práctica muy extendida hasta entonces, consistente en esconder bajo la forma de convenios de colaboración, auténticos contratos administrativos, con la finalidad de obviar los principios de publicidad y concurrencia.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en su artículo 3.1.d), reiteraba la redacción anterior, si bien hablaba de «personas jurídicas sujetas al Derecho Privado» en vez de «personas jurídicas de Derecho Privado». Con tal matización el legislador probablemente haya pretendido evitar cualquier tipo de equívocos con respecto a las sociedades estatales, que, a estos efectos, se equiparan a cualquier sociedad mercantil. Y tal redacción se ha mantenido en el TRLCAP del año 2000.

diente 42/99), la Junta Consultiva de Contratación Administrativa expresó que las relaciones «contractuales» entre un Organismo Autónomo y otro Organismo o Ente Público, debían articularse por la vía de los convenios de colaboración, previstos en el artículo 3.1.c) del TRLCAP, y *sólo excepcionalmente a través de verdaderos y propios contratos administrativos*.

Pues bien, lo expuesto anteriormente debe ser matizado en la actualidad, ya que el artículo 3.1.c) del TRLCAP ha sido modificado por el artículo 34.3 de Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (3).

Tal modificación, como se expresa en la propia Exposición de Motivos del citado Real Decreto-Ley, deriva de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (4) de 13 de enero de 2005, que obligó a España a reformar su normativa sobre contratos públicos.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE 13 DE ENERO DE 2005

La citada sentencia resuelve el recurso por incumplimiento interpuesto contra España por la Comisión de las Comunidades Europeas ante el citado Tribunal, con fecha 26 de febrero de 2003.

Mediante el citado recurso, la Comisión solicitó que el TJCE declarase que España había incumplido las obligaciones que la incumbían en virtud de las disposiciones del Tratado CEE y de las Directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las citadas Directivas.

La Comisión formulaba tres motivos en apoyo de su recurso. El segundo de estos motivos se refería a los convenios de colaboración, y alegaba la Comisión que España había excluido de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP a los convenios de colaboración interadministrativos, y ello constituía una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37, ya que tal exclusión no figuraba en las mismas,

(3) Tal Real Decreto-ley fue convalidado por el Congreso de los Diputados con fecha 7 de abril de 2005.

(4) En adelante, TJCE.

y algunos de estos convenios podían tener *la misma naturaleza* que los contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de tales Directivas.

El citado artículo 3.1.c) del TRLCAP establecía, en aquel entonces, que quedaban fuera del ámbito de aplicación de dicha Ley:

«Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí».

La Comisión invocaba la definición de contrato contenida en el artículo 1.a) de las Directivas 93/36 y 93/37, y la jurisprudencia del TJCE, en concreto la sentencia Teckal, de 18 de noviembre de 1999, según la cual «para determinar la existencia de un *contrato*, es necesario comprobar si ha existido un *convenio* entre dos personas distintas». En consecuencia, la Comisión estimaba que los «acuerdos» de colaboración interadministrativos podían ser «contratos» en el sentido de las Directivas 93/36 y 93/37.

En la sentencia, el TJCE considera lo siguiente:

«37. Según las definiciones contenidas en el artículo 1, letra a), de las Directivas 93/36 y 93/37, un contrato público de suministro o de obras supone la existencia de un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre, por una parte, un proveedor o contratista y, por otra, una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra b), de dichas Directivas y que tenga por objeto la compra de productos o la ejecución de determinado tipo de obras.

38. Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. *Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan* (5) (sentencia Teckal, apartado 50).

39. Habida cuenta de la identidad de los elementos constitutivos de la definición de contrato en las Directivas 93/36 y 93/37, a

(5) Se resalta el texto por su interés para los requisitos de las encomiendas de gestión, que luego se abordará.

excepción del objeto del contrato considerado, procede aplicar la solución adoptada así en la sentencia Teckal, antes citada, a los acuerdos interadministrativos a los que se aplica la Directiva 93/37.

40. En consecuencia, dado que excluye *a priori* del ámbito de aplicación del TRLCAP las relaciones entre las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de Derecho Público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones, *la normativa española de que se trata en el caso de autos constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno a las Directivas 93/36 y 93/37.*

41. En tales circunstancias, procede estimar el segundo motivo de la Comisión».

Como consecuencia de esta sentencia, el artículo 34.3 de Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, modificó el artículo 3.1.c) del TRLCAP, que establece en la actualidad que quedan fuera del ámbito del TRLCAP:

«Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2».

Por su parte, permanece inalterable el artículo 3.1.d) del TRLCAP relativo a los convenios de colaboración con particulares. Establece tal precepto que quedan fuera del ámbito del TRLCAP:

«Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea».

Además, el citado Real Decreto-ley introduce un apartado nuevo en el artículo 3.1 del TRLCAP, según el cual quedan también fuera del ámbito del TRLCAP:

«l) Las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública».

Vamos a examinar los diversos problemas que plantean en la actualidad los convenios de colaboración y las encomiendas de gestión.

3. LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN INTERADMINISTRATIVOS

Antes de la reforma del TRLCAP del año 2005 todos los convenios de colaboración interadministrativos, cualquiera que fuese su objeto y su cuantía, estaban excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP. Tras la reforma del TRLCAP por el Real Decreto-ley 5/2005, hay que distinguir dos supuestos:

a) Convenios cuyo objeto no es el propio de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia, o de servicios: estos convenios se encuentran fuera del ámbito del TRLCAP, cualquiera que sea su importe.

b) Convenios cuyo objeto es el propio de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia, o de servicios: estos convenios se encuentran fuera del ámbito del TRLCAP, siempre que no excedan de los siguientes importes (6):

- Si se trata de una obra: 5.278.227 euros, IVA excluido.
- Si se trata de un suministro: 137.234 euros, IVA excluido.
- Si se trata de una consultoría o asistencia, o de un servicio: 200.000

o 137.234 euros, IVA excluido, según los diversos supuestos previstos en el artículo 203.2 del TRLCAP.

Aunque el TRLCAP no lo diga expresamente, parece que el legislador considera que si el convenio supera estos importes, ya no nos encontraríamos realmente ante un «convenio», sino ante un típico «contrato» admi-

(6) Los importes han sido actualizados conforme a la Orden EAH/4110/2005, de 29 de diciembre. Por otra parte, nos limitaremos, en cuanto a los importes, únicamente a los supuestos en que el contrato sea adjudicado por los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, las Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales.

nistrativo, sometido a los principios contenidos en el artículo 11 del TRLCAP, esto es, publicidad y concurrencia (salvo las excepciones establecidas en el TRLCAP), y en todo caso, igualdad y no discriminación.

Ahora bien, varias son las cuestiones que plantea la modificación indicada, y que vamos a apuntar a continuación.

I. No resulta fácil comprender por qué una relación jurídica se califica de «convenio» si no supera cierto importe, y de «contrato» si supera dicho importe. Y llama más la atención que tal importe varíe según el objeto del contrato.

¿Qué argumento puede sustentar que un «acuerdo» interadministrativo que tenga por objeto un suministro, se considere «convenio» si su importe es inferior a 137.234 euros, y si supera tal cantidad (aunque sólo sea por un céntimo de euro), se considere «contrato»? Un convenio será siempre un convenio, cualquiera que sea su importe y su objeto, y un contrato será siempre un contrato, cualquiera que sea su importe y su objeto.

II. Se desconoce el origen del límite de los importes que figuran en el artículo 3.1.c) del TRLCAP. La sentencia del TJCE no habla en absoluto de importes por encima de los cuales un «convenio» *se convierte* en «contrato».

III. Se desconoce por qué se han elegido como frontera entre los convenios y los contratos los importes a partir de los cuales el TRLCAP exige publicidad comunitaria (7).

IV. El legislador no ha hecho referencia alguna en el artículo 3.1.c) del TRLCAP a los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (8), a diferencia de lo que ocurre en el artículo 3.1.d) del TRLCAP. Por su importancia, trataremos de esta cuestión en el siguiente apartado de este trabajo.

V. No resultará nada fácil a una Administración o entidad pública poder acudir, como licitador, a un procedimiento de adjudicación del TRLCAP. Los requisitos que debe reunir todo licitador son capacidad, solvencia (o, en su caso, clasificación) y no estar incurso en alguna de las prohibiciones del artículo 20 del TRLCAP. Pues bien, una Administración o entidad pública se encontraría, como licitador, con problemas, entre otros, como los siguientes:

(7) A pesar que el legislador menciona el artículo 135.1, y no el artículo 135.2, los límites no son los del anuncio indicativo (que regula el artículo 135.1) sino los de la publicidad comunitaria (como lo demuestran los artículos 177.2 y 203.2). Si el legislador ha mencionado el artículo 135.1 y no el artículo 135.2 (como hubiese sido lo coherente con las demás referencias) se debe a que el artículo 135.2 no menciona importe alguno, sino que se remite al importe que figura en el artículo 135.1.

(8) En adelante, TCEE.

a) La ausencia, en ocasiones, de personalidad jurídica propia, requisito esencial para que pueda existir contrato. ¿Cómo un Ministerio va a ser adjudicatario del contrato de otro Ministerio, si ambos pertenecen a la misma Administración (a la Administración General del Estado)? El artículo 15 del TRLCAP es terminante al afirmar «podrán contratar con la Administración *las personas* naturales o jurídicas, españolas o extranjeras...». Y el artículo 2.2 de la LOFAGE dispone que «la Administración General del Estado... actúa con personalidad jurídica única».

La propia sentencia del TJCE de 13 de enero de 2005 (y en la sentencia Teckal de 18 de noviembre de 1999) reconoce que no puede existir «contrato» *si no existe personalidad jurídica distinta*. En efecto, en el apartado 38 de la sentencia se expresa «Conforme al artículo 1, letra a), de la Directiva 93/36, basta, en principio, con que *el contrato* haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, *por otra, una persona jurídicamente distinta de éste*».

En la práctica, hasta la fecha, las relaciones de tipo contractual entre dos Ministerios se han regulado a través de convenios de colaboración, sin que la falta de personalidad jurídica propia de cada Departamento haya provocado reparos. Podría objetarse, al igual que en el caso de los contratos, que no pueden celebrarse convenios de colaboración dentro de una misma Administración, al no existir dos personas jurídicas distintas. Pero tal postura podría combatirse ya que, además de los problemas interpretativos que plantea la expresión «cualquiera de ellos entre sí» del artículo 3.1.c) del TRLCAP (9), al legislador no le repugna en absoluto que existan «*acuerdos*» *entre órganos de una misma Administración*, como lo demuestra el artículo 15.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (10).

b) Las dificultades presupuestarias que podrían tener algunas entidades públicas para constituir, en su caso, las garantías exigidas por el TRLCAP.

c) Conflictos por la posible aplicación del artículo 20.e) del TRLCAP.

d) La ausencia de clasificación por las entidades públicas. En los contratos de obras y de servicios de importe igual o superior a 120.202,42 euros, se precisa clasificación (artículo 25.1 del TRLCAP). Pero la clasi-

(9) ¿Se refiere a las relaciones entre Administraciones y entidades públicas, o a las relaciones dentro de cada Administración, o a ambas cosas?

(10) Si bien tal precepto habla de «acuerdo» cuando se trata de encomiendas de gestión «entre órganos administrativos o Entidades de derecho público *pertenecientes a la misma Administración*» y reserva la palabra «convenio» cuando la encomienda de gestión se realiza «entre órganos y Entidades de *distintas Administraciones*»; pero tal diferenciación terminológica puede deberse más bien a influencias del artículo 6 de dicha Ley.

ficación está prevista, en principio, para «empresarios», no para entidades públicas. En tal caso, no se admitiría a licitación a una entidad pública, salvo que se acudiese al mecanismo previsto en el artículo 25.3 del TRLCAP, esto es, que el Consejo de Ministros (en el ámbito de la Administración General del Estado), previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, autorizase la contratación (11). Pero tal posibilidad tendría los siguientes obstáculos:

– El mecanismo del artículo 25.3 del TRLCAP sólo se permite para casos «excepcionales» (así lo exige el propio artículo), por lo que no se puede convertir en la regla general.

– Se debe acreditar que la contratación con la entidad pública no clasificada es conveniente para los intereses públicos (extremo nada fácil de justificar, dada la vigencia de los principios de igualdad y no discriminación dentro del procedimiento de adjudicación).

– Para que la Mesa de Contratación pudiese admitir a licitación a la entidad pública no clasificada, se debería conceder la autorización antes de la adjudicación, y más concretamente, dentro del plazo de presentación de las proposiciones económicas. Siendo estos plazos tan breves, resultaría absolutamente imposible que se tramitara dentro de dicho plazo una solicitud de autorización al Consejo de Ministros, y que éste se pronunciara, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. Tal inconveniente no lo tendrían las entidades públicas extranjeras de países comunitarios, ya que no tendrían que acreditar la clasificación, sino sólo la solvencia económica y financiera, técnica o profesional (por analogía, artículo 25.2 del TRLCAP), lo que provocaría una discriminación en perjuicio de las entidades públicas españolas.

Como hemos visto, no son pocos los problemas que se plantean, algunos de ellos de muy difícil solución, en el caso de que una Administración o entidad pública pretenda acudir, como licitador, a un procedimiento de adjudicación del TRLCAP.

4. CONVENIOS INTERADMINISTRATIVOS CONSECUENCIA DEL ARTÍCULO 296 DEL TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

Como hemos indicado anteriormente, el legislador no ha hecho referencia alguna en el artículo 3.1.c) del TRLCAP a los convenios que sean

(11) En el informe 12/1997, de 20 de marzo, de dicha Junta, se analizaba el supuesto comentado.

consecuencia del artículo 296 del TCEE, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 3.1.d) del TRLCAP.

En efecto, el artículo 3.1.d) del TRLCAP establece que quedan fuera del ámbito de aplicación del TRLCAP:

«Los convenios de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. *Quedarán asimismo excluidos de la presente Ley los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea*».

El artículo 296, apartado 1, letra b), del TCEE (anterior artículo 223) dispone que «todo Estado miembro podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra; estas medidas no deberán alterar las condiciones de competencia en el mercado común respecto de los productos que no estén destinados a fines específicamente militares».

Aunque el Derecho Comunitario permite excluir de la normativa sobre contratación pública a los contratos sobre producción o comercio de armas, municiones y material de guerra (12), el legislador español no ha ido tan lejos, y ha regulado la materia de forma confusa, realizando la siguiente distinción (13), de difícil comprensión:

a) «Convenios de colaboración» con particulares «que sean consecuencia del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea»: estos «convenios» se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP, según su artículo 3.1.d).

b) «Contratos» de suministros, consultoría y asistencia, y de servicios «que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea»: estos «contratos» se encuentran sometidos al TRLCAP, pero con las siguientes particularidades, principalmente:

(12) Expresión muy genérica en la que se pueden incluir los contratos de suministros, consultoría y asistencia, y de servicios.

(13) Esta distinción aparece por primera vez en nuestra legislación de contratos del Estado en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995.

- Se les excluye de publicidad comunitaria, conforme a los artículos 177.2 y 205.c) del TRLCAP.

- Pueden ser adjudicados por procedimiento negociado sin publicidad, conforme a los artículos 182.f y 210.i) del TRLCAP.

La distinción entre convenios y contratos radicaba, como apunté en un trabajo anterior (14), en que los convenios obedecen a la idea de colaboración de las partes en un fin de interés general, sin contraposición de intereses. No obstante, la distinción convenio/contrato debería ser objeto de revisión, hoy día, a la vista del concepto amplio de contrato que ofrece la jurisprudencia del TJCE.

Ahora bien, si los «convenios» con un particular sólo se permiten si su objeto no está comprendido en los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales, según establece la primera frase del artículo 3.1.d) del TRLCAP, ¿por qué el legislador vuelve a hacer una excepción en la segunda frase del precepto, en lo relativo al artículo 296 del TCEE? ¿Se trata de una reiteración innecesaria? ¿O el legislador ha querido decir otra cosa? ¿No habrá querido decir que se permiten los convenios cuyo objeto no sea el de un contrato público, salvo que se trate de convenios consecuencia del artículo 296 TCEE, *que se admiten siempre*, cualquiera que sea su objeto?

Podría entenderse que los convenios que sean consecuencia del artículo 296 del TCEE pueden tener cualquier objeto (incluso el de un contrato regulado en el TRLCAP o en normas administrativas especiales), y por tal motivo el legislador se ha visto obligado a exceptuarlos expresamente. Si los convenios que fuesen consecuencia del artículo 296 del TCEE no pudiesen tener por objeto un contrato público, no hubiese hecho falta realizar mención alguna en el artículo 3.1.d) del TRLCAP, pues bastaba la primera frase del precepto para entender que *ningún convenio* (fueran o no consecuencia del artículo 296 TCEE) puede tener tal objeto.

En definitiva, podría entenderse que, conforme al artículo 3.1.d) del TRLCAP quedan fuera del ámbito de aplicación del TRLCAP los convenios de colaboración que sean consecuencia del artículo 296 del TCEE, aunque su objeto sea un contrato de suministros, de consultoría y asistencia, o de servicios, *cualquiera que sea su importe*.

Y si se admite tal posibilidad en el artículo 3.1.d), ¿qué razón existe para negar tal objeto a los convenios de colaboración interadministrativos del artículo 3.1.c) del TRLCAP?

(14) «Los Convenios de Colaboración con empresas», *La privatización de las empresas públicas en el ámbito de la Defensa*, Madrid, 2000, pág. 118.

Bien es cierto que el artículo 3.1.c) del TRLCAP no hace referencia alguna al artículo 296 del TCEE. Pero ello puede deberse a un simple olvido del legislador, ya que antes de la reforma del TRLCAP del año 2005 tampoco se hacía referencia alguna; pero ello era debido a que en aquel entonces *no era necesario*, ya que «todos» los convenios interadministrativos estaban excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP.

Hoy día, que no «todos» los convenios interadministrativos están excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP, el legislador debería haber contenido, en el artículo 3.1.c) del TRLCAP, idéntica exclusión a la prevista en el artículo 3.1.d), en relación con el artículo 296 del TCEE. Pero tal olvido del legislador podría ser colmado mediante una interpretación integradora, pues carece absolutamente de sentido que un convenio de colaboración con un particular, que sea consecuencia del artículo 296 del TCEE, esté excluido del ámbito de aplicación del TRLCAP, y no se aplique la misma regla (incluso con mayor razón) a un convenio de colaboración interadministrativo.

Quizá lo que tendría que haber hecho el legislador es haber previsto como un supuesto más, dentro del listado del artículo 3.1 del TRLCAP, a los convenios de colaboración consecuencia del artículo 296 del TCEE, cualquiera que fuese su objeto, y cualquiera que fuesen las partes intervinientes, y suprimir las referencias a los «contratos» que sean consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 296 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

5. LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

Como se ha indicado, el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 marzo, ha introducido un nuevo apartado en el artículo 3.1 del TRLCAP, excluyendo del ámbito de aplicación de la citada Ley las encomiendas de gestión que se realicen a las entidades y a las sociedades (15) cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública.

Evidentemente la encomienda de gestión a la que alude el artículo 3.1.1) del TRLCAP es aquella que puede tener por objeto un contrato público, pues en otro caso carecería de sentido su mención en el TRLCAP,

(15) La referencia a las «sociedades» supone una auténtica novedad en nuestro Derecho, e implica una modificación de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (que no permite la encomienda de gestión a favor de personas físicas o jurídicas sujetas a Derecho privado).

y seguiría regulándose, como hasta ahora, por el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Sentado lo anterior, podríamos distinguir tres figuras jurídicas dentro de los negocios jurídicos bilaterales interadministrativos, *cuyo objeto sea el propio de un contrato público*: convenio de colaboración, contrato administrativo y encomienda de gestión. La distinción consistiría en lo siguiente:

a) El convenio de colaboración se utilizaría cuando, a pesar de tener por objeto un contrato administrativo, no se superasen los importes a los que se remite el artículo 3.1.c) del TRLCAP.

b) El contrato administrativo se utilizaría cuando se superasen los importes a los que se remite el artículo 3.1.c) del TRLCAP.

c) La encomienda de gestión se utilizaría cuando, a pesar de superarse los importes a los que se remite el artículo 3.1.c) del TRLCAP, concurren los siguientes requisitos:

- Que el encomendante ejerza sobre el encomendado un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Que el encomendado realice la parte esencial de su actividad con el encomendante.

Estos requisitos no están recogidos en el TRLCAP, pero sí en las sentencias del TJCE de 19 de noviembre de 1999 (apartado 50) y 13 de enero de 2005 (apartado 38). El legislador sólo se limita a exigir que la encomienda de gestión se realice a entidades y sociedades cuyo capital pertenezca totalmente a la propia Administración pública.

La nueva regulación de la encomienda de gestión va a suponer que numerosos acuerdos interadministrativos que, por su objeto, y por superar los importes del artículo 3.1.c) del TRLCAP, no podrían calificarse de convenios de colaboración, sino de contratos administrativos, puedan adoptar la forma de encomiendas de gestión y, de esta manera, estar excluidos del ámbito de aplicación del TRLCAP.

CONCLUSIONES

De lo expuesto en las líneas anteriores se pueden extraer las siguientes conclusiones:

a) Se encuentran fuera del ámbito de aplicación del TRLCAP los siguientes convenios de colaboración interadministrativos:

1) Convenios (o, si se prefiere, «acuerdos») celebrados entre órganos pertenecientes a una misma Administración, ya que no estamos ante per-

sonas jurídico-públicas distintas, por lo que nunca podrían ser contratos, cualquiera que sea su objeto e importe.

2) Convenios cuyo objeto no es el propio de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, cualquiera que sea su importe.

3) Convenios cuyo objeto es el propio de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, siempre que no excedan de los siguientes importes:

- Si se trata de una obra: 5.278.227 euros, IVA excluido.
- Si se trata de un suministro: 137.234 euros, IVA excluido.
- Si se trata de una consultoría o asistencia, o de un servicio: 200.000 o 137.234 euros, IVA excluido, según los diversos supuestos previstos en el artículo 203.2 del TRLCAP.

b) Se encuentran fuera del ámbito de aplicación del TRLCAP las encomiendas de gestión que, a pesar de tener por objeto un contrato público, reúnan los siguientes requisitos:

- Que el encomendante ejerza sobre el encomendado un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.
- Que el encomendado realice la parte esencial de su actividad con el encomendante.