

Informe 5/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de realizar obras de electrificación por convenio, cuando se trata de prestaciones que constituyen el objeto de un contrato.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Presidente de la Comarca del Maestrazgo (Teruel) se dirige, con fecha 3 de marzo de 2015, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Ante el informe evacuado por el Secretario-Interventor de la Comarca del Maestrazgo en fecha 3 de marzo de 2015, -que se adjunta a la presente solicitud junto con la documentación que integra el expediente-, en el que por parte del órgano de control de interno, se manifiestan dudas sobre la correcta tipificación del Convenio entre la Diputación General de Aragón, la Comarca del Maestrazgo y Endesa Distribución Eléctrica SA Unipersonal para la ejecución de instalaciones eléctricas para la mejora del suministro en la Comarca del Maestrazgo de Teruel, firmado en el año 2005 y renovado y concretado mediante adendas anuales.

Vista la propuesta de de la Secretaria-Intervención, consistente en demandar informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, mediante la presente procedo a,

SOLICITAR

PRIMERO.- Informe sobre si las actuaciones de electrificación en masías rurales contempladas en el marco de este convenio, pueden articularse a través de esta figura jurídica, o si por el contrario deben someterse plenamente al 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, al incardinarse objetiva y subjetivamente en su ámbito de aplicación.

SEGUNDO.- Atendiendo a que dichas actuaciones vienen desarrollándose desde la firma del Convenio, y que en estos momentos algunas de ellas se encuentran en fase de ejecución con sus correspondientes certificaciones por reconocer y proceder a su abono, solicito informe sobre la mejor forma de

proceder según la Junta, para ajustarnos a la mas estricta legalidad de confirmarse que nos encontramos ante un contrato de obra y no ante un convenio, tal y como se desprende del informe de Secretaria-Intervención.

TERCERO.- En caso de que lo estimen procedente, pronunciamiento sobre la cuestión competencial que se aborda en el informe del órgano de control interno».

Al escrito de solicitud de informe, se acompaña un informe de la Secretaría-Intervención de la Comarca del Maestrazgo y toda la documentación que integra el expediente (Convenio inicial suscrito, sucesivas addendas, modificaciones, prorrogas etc.).

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 12 de mayo de 2015, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva, no puede ni debe sustituir las facultades

de informe que la legislación, en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Sr. Presidente de la Comarca del Maestrazgo para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de la aplicación de la normativa contractual a determinadas actuaciones, amparadas en la actualidad bajo la figura de un convenio de colaboración.

El Sr. Presidente de la Comarca del Maestrazgo (Teruel), es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Distinción entre convenio y contrato.

La doctrina iuspublicista española afirma, de manera reiterada, que en el Derecho español, el término *convenio* es utilizado, frecuentemente, como un concepto meramente descriptivo, que no pretende remitir a una precisa naturaleza jurídica de la figura a la que se refiere, sino sólo expresar que en la formación de dicho acto jurídico intervienen voluntades concurrentes de dos o más sujetos. Cual sea el valor que a esas voluntades deba conferirse y, en concreto, si de la mencionada concurrencia de dichas voluntades hay que concluir que estamos ante un verdadero contrato, es una cuestión que no se puede responder a partir, exclusivamente, de que el ordenamiento o las partes se valgan del término *convenio*.

Tanto en las relaciones entre Administración y ciudadano, como en las que se entablan entre Administraciones Públicas, la designación de un acto jurídico con conceptos como los de *convenio*, *pacto*, *protocolo*, *acuerdo*, *compromiso*, *concierto*, *convención*, *contrato*, o alguno semejante, muchas veces pretende, más que remitir a un determinado régimen jurídico, evitar un pronunciamiento expreso sobre la precisa naturaleza de aquello que se sitúa bajo estos términos.

Por lo general, los negocios jurídicos bilaterales en el Derecho público se suelen clasificar, habitualmente, en contratos y convenios. El término contrato, designa un acuerdo de voluntades entre dos personas, a través del cual una se obliga a cumplir algo determinado, que constituye el objeto de su prestación, a cambio de un precio, que es la contraprestación que permite apreciar la *onerosidad* del negocio. El convenio, por su parte, es un instrumento por el que se otorga cobertura formal a una gran variedad de actos, y que puede definirse como el concurso de voluntades, entre dos o más partes, para colaborar en la consecución de finalidades de interés común, desde una posición de igualdad, formalizada por escrito.

La primera obligación que incumbe, a quien deba calificar, desde el punto de vista jurídico, cualquier negocio jurídico de carácter bilateral —con independencia del *nomen iuris*, que se otorgue al documento en que se encuentre formalizado, un *convenio, pacto, protocolo, acuerdo, compromiso, concierto, convención, o contrato, etc.*,— es preguntarse sobre la verdadera naturaleza jurídica del negocio que se esconde tras estas expresiones, y recordar, como afirma la STS de 6 de febrero de 1989, que: «*Los convenios jurídicos son lo que legalmente son y no lo que semánticamente puedan significar*».

En segundo lugar, incumbe asimismo a quien califica la naturaleza jurídica de la relación del convenio o contrato, advertir que el principio de colaboración, conforme dispone el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, rige las relaciones entre las Administraciones Públicas, principio de carácter general que es también aplicable a las relaciones de colaboración que, en virtud de un convenio, la Administración pueda entablar con otras entidades de carácter privado. Ahora bien, en el convenio administrativo, por definición, no puede haber ni existir contraposición de intereses entre las partes.

En un convenio de colaboración se articula la colaboración institucional, a fin de llevar a fin o término, una actuación que demanda los intereses u objetivos que

comparten quienes los suscriben. No existe más interés que los fines públicos que persiguen en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas. Por el contrario, el contrato persigue desarrollar una actividad singular y específica que forma parte del tráfico mercantil. De manera, que existe contraposición de intereses, e interés patrimonial. Y, precisamente por ello, el artículo 4 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) establece:

«Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.

d) Los convenios 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 el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales».

De acuerdo con lo establecido en este claro precepto, no existe posibilidad de acudir a la figura de convenio en los casos de relaciones de carácter y contenido contractual; es decir, cuando existen intereses de carácter patrimonial entre las partes que lo suscriben, con independencia de la personificación pública o privada del sujeto. Ni siquiera, y no es éste el caso, cuando quienes suscriben el convenio son únicamente entidades públicas. Solo cuando la cooperación, no «esconde» un contrato público, se excluye la aplicación de las reglas de contratación pública. Pues, como es oportuno recordar, la redacción actual de este precepto, en cuanto a los convenios de colaboración entre Administraciones y otras entidades de derecho público, trae causa de de la STJUE de 13 de enero de 2005, Asunto C-84/03, por la que se condenó al reino de España, por excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos, los convenios que se celebren entre Administraciones y otras entidades de derecho público, aún cuando por su

objeto constituyan contratos públicos a los efectos de las Directivas. Es necesaria, por tanto, una interpretación que eluda la aplicación, bajo la forma de un convenio, de la normativa de contratación pública. Lo advierte la STJUE de 18 de enero de 2007, *Auroux*, en la que se analiza la técnica del convenio entre un Ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio. El TJUE es claro al declarar que este es un caso de contrato de obra, que debe ser objeto de licitación:

«Un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, (...), con independencia del hecho de que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora sea o pase a ser a propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra».

En consecuencia, conforme al artículo 4 TRLCSP, la posibilidad de acudir a la figura de convenio en los casos de relaciones de carácter y contenido contractual en que existan intereses patrimoniales, con independencia de la personificación pública o privada del sujeto, queda eliminada.

En este sentido, el Tribunal de Cuentas ha afirmado que el convenio de colaboración es una figura de escasa regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico, *«que genera prácticas que soslayan la aplicación de la legislación contractual en cuestiones en las que sería procedente, discurriendo la gestión de los fondos públicos por cauces jurídicamente inseguros»*. Por esta razón, el Pleno del supremo órgano fiscalizador de las cuentas del Estado, aprobó el 30 de noviembre de 2010, la Moción 870 destinada a las Cortes Generales, proponiendo la configuración de un marco legal adecuado y suficiente para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas y la adopción de las medidas necesarias para un uso eficiente de los recursos públicos que se canalizan por esta vía. En esta Moción, entre los hechos y situaciones significativas que se ponen de manifiesto en la actividad del Tribunal, en relación con los convenios de colaboración suscritos entre la Administración y particulares, destaca el de que *«Bajo la apariencia formal de*

convenios de colaboración se han tramitado auténticos contratos administrativos, eludiéndose así la aplicación de la legislación contractual».

No existe duda alguna, en relación con la consulta del Sr. Presidente de la Comarca del Maestrazgo, acerca de la realización de las infraestructuras básicas de energía eléctrica, para dar respuestas a las necesidades actuales de la Comarca, constituye el objeto de un contrato típico de obras, cuya adjudicación deber realizarse por los procedimientos, y en la forma, que establece el TRLCSP.

Y ello con independencia de que la financiación del contrato se realice con aportaciones de distinta procedencia, entre las que puede incluirse la de una empresa de distribución y comercialización energética. El carácter de contrato cofinanciado —en los términos previstos en el artículo 109.5 TRLCSP—, y la necesidad de suscribir el oportuno convenio o protocolo de actuación (artículos 316.5 TRLCSP y 8 del 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), en ningún caso permite eludir la aplicación de la normativa contractual. Existe una evidente onerosidad que obliga a la calificación de la actividad objeto de consulta como contrato público (en la STJUE 12 de julio de 2001, *Ordine Degli Architetti*, se afirma que el carácter oneroso de un contrato se refiere a la prestación que se ofrece al contratista por la realización del objeto del contrato —apartado 77—; o, en términos parecidos, en la Sentencia de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GmbH*, el TJUE considera que, para que pueda hablarse de la existencia de un contrato público de obras, es necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación —apartado 45—).

III. Actuaciones que proceden en relación con las obras ejecutadas, bajo el amparo del Convenio, que debieron adjudicarse con sujeción al TRLCSP.

Esta cuestión resulta ajena a la competencia de esta Junta, limitada a las cuestiones de contratación pública. Por ello, no procede analizar en profundidad esta cuestión, si bien, a modo de reflexión general, se recuerda que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 51 del texto refundido de la Ley de Comarcalización de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2006, de 27 de diciembre, el Consejo comarcal y su Presidente, deben ejercer sus atribuciones y ajustar su funcionamiento, a las normas relativas al Pleno del ayuntamiento y al Alcalde contenidas en la legislación de régimen local. Por su parte, el artículo 185.2 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, dispone que corresponde al presidente de la corporación el reconocimiento y liquidación de las obligaciones derivadas de compromisos de gastos legalmente adquiridos.

De manera que, a *sensu contrario*, y entendiendo que los compromisos de gastos, a que se refieren las certificaciones, sobre las que se solicita consulta, se han adquirido al margen de los procedimientos legalmente establecidos en el TRLCSP; y tal y como establece el artículo 50.12 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, corresponde al Consejo comarcal, el reconocimiento extrajudicial de créditos.

En todo caso, deberá ser la Comarca quien decida, dentro de las posibilidades jurídicas, lo que más conviene al interés público.

IV. Pronunciamiento sobre la cuestión competencial de la electrificación de masías rurales ubicadas en los términos municipales de la Comarca.

En cuanto a la última de las cuestiones planteadas, en la consulta del Sr. Presidente de la Comarca del Maestrazgo (Teruel), sobre a quien corresponde la competencia de la electrificación de masías rurales ubicadas en los términos municipales de la Comarca, después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de

Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local; es preciso indicar que no es competencia de esta Junta pronunciarse.

Sin embargo, no desconoce esta Junta, que junto a la opinión que se mantiene en el informe que se acompaña a la consulta, la interpretación doctrinal mayoritaria entiende que el artículo 25 LBRL no constituye otra cosa que una enumeración de sectores mínimos, donde el legislador sectorial competente (el Estado o, en su mayor parte, las Comunidades Autónomas) debieran atribuir competencias a los municipios, dentro de dichos sectores materiales, por supuesto. E incluso también, opina la doctrina, que podría desarrollarse la acción atributiva de competencias del legislador autonómico dentro de aquellos sectores materiales atribuidos por los Estatutos de Autonomía a las Comunidades Autónomas, aun cuando no fueran nombrados expresamente en el artículo 25 LBRL. En todo caso, no es una cuestión que pueda ser dictaminada por esta Junta.

III. CONCLUSIONES

I. No es posible suscribir convenios cuyo objeto se halle comprendido en el ámbito objetivo de aplicación del TRLCSP.

II. No existe duda alguna, en relación con la consulta del Sr. Presidente de la Comarca del Maestrazgo, acerca de que la realización de las infraestructuras básicas de energía eléctrica, para dar respuestas a las necesidades actuales de la Comarca, constituye el objeto de un contrato típico de obras, cuya adjudicación deber realizarse por los procedimientos, y en la forma, que establece el TRLCSP.

Informe 5/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 12 de mayo de 2015.