

Sc. Comisión Consultiva.
GK/.

Recomendación 8/2008, de 13 de mayo, sobre los convenios de colaboración con las entidades públicas y personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, en especial sobre los convenios de desarrollo e investigación y su distinción de los contratos de servicios.

ANTECEDENTES

La entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), plantea algunas diferencias en relación con la legislación anterior en lo que se refiere a los convenios que se pueden celebrar tanto con entidades públicas como con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado.

El artículo 4 de la LCSP dispone que:

"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, las entidades gestoras 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 de colaboración que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas y jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales."

Este precepto, viene a sustituir la regulación contenida en los apartados c) y d) del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), excluyendo del ámbito de la LCSP tanto los convenios de colaboración que celebren los organismos y entidades públicas en él contemplados con personas físicas y jurídicas sujetas al derecho privado como aquéllos que celebren los mismos entre sí. Con carácter general podemos afirmar que la norma somete a ambos tipos de convenios a un mismo régimen jurídico al fijar para ambos unos mismos parámetros a efectos de determinar su inclusión o no en el ámbito de aplicación de la LCSP.

Centrándonos en el análisis del apartado c) de la norma expuesta y atendiendo a las principales diferencias que presenta la nueva norma frente al régimen jurídico del TRLCAP habría que destacar, en primer lugar, el hecho de que



ahora resulta indiferente la cuantía de la prestación, a fin de determinar si se trata de un negocio o relación jurídica excluida del ámbito de la Ley. De tal forma que, tanto si nos encontramos por encima como por debajo de los umbrales comunitarios, la vía para articular la relación jurídica en cuestión será la misma. Con este cambio la normativa viene a ajustarse en mejor forma a la jurisprudencia comunitaria sobre el particular que no establecía esta distinción por razón de la cuantía.

En segundo lugar, habría que atender a los términos en los que se pronuncia el expuesto artículo 4.1 c) para establecer el parámetro que determina si nos encontramos o no ante un negocio excluido del ámbito de la Ley.

Frente al artículo 3 del TRLCAP que, tanto en sus apartados e) y d), al establecer como parámetro el *"objeto de los contratos regulados en la Ley"*, imponía acudir a los preceptos concretos en los que la Ley definía los contratos típicos (contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios), el artículo 4.1 c) de la LCSP utiliza un parámetro más amplio al recoger que no están excluidos del ámbito de la Ley los convenios de colaboración que *"por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley"*.

El empleo de esta nueva expresión plantea ciertas dudas sobre su interpretación, en orden a determinar su alcance y finalidad.

Por un lado, se podría entender que con ello lo que la norma está pretendiendo es, simplemente, acudir al concepto general y amplio de contrato del sector público que se contiene en el artículo 2 para determinar el ámbito de aplicación objetivo de la Ley, estableciendo así, en clara conexión con tal precepto, que siempre que nos encontremos ante un contrato oneroso, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebre alguno de los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3, dicho negocio estará sujeto a la Ley, en la forma y términos que la misma le resulte de aplicación. De tal forma que, siempre que el convenio de colaboración que se celebre responda a la naturaleza propia de un contrato oneroso para la Administración, ente u organismo público firmante, el mismo quedará sujeto a la Ley.

Sin embargo, parece más aceptable considerar que, al referirse a la naturaleza de contratos sujetos a la Ley, la norma no sólo se remite al artículo 2, sino que trata de establecer, en la misma línea que el TRLCAP, una remisión genérica a los preceptos en los que la LCSP regula los diversos tipos contractuales (Capítulo II del Título Preliminar), para declarar el sometimiento a la Ley de todos aquellos convenios de colaboración que se correspondan con tales tipos contractuales, los cuales, evidentemente, se encuadran en el concepto de contrato de sector público del citado artículo 2.

Esta misma interpretación es la que resulta más acorde con el propio tenor literal del artículo 4.1. d) al referirse al "objeto" de los contratos regulados en la Ley.

A continuación, centraremos el análisis en los encargos de estudios de



investigación, a tal efecto hay que acudir al concepto de contrato de servicios que se contiene en el artículo 10 de la LCSP según el cual:

"Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de la aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II."

El concepto de contrato de servicios que acuña la Ley es amplio, definiéndose por exclusión de los contratos de obras y de suministro, como todo contrato oneroso cuya prestación consista en una actividad o en la consecución de un resultado. No obstante, en consonancia con la Directiva 2004/18/CE 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, el precepto se remite al Anexo II en el que se precisan las distintas categorías que se incluyen dentro del concepto de contrato de servicios al que resulta de aplicación la Ley.

Si acudimos al citado Anexo II de la LCSP encontramos que, entre las categorías de servicios que se contemplan, en el apartado 8 figura "Servicios de investigación y desarrollo", y se precisa -en nota a pie de página- "exceptuando los servicios de investigación y desarrollo distintos de aquellos cuyos resultados corresponden a la entidad adjudicadora para su uso exclusivo, siempre que ésta remunere íntegramente la prestación del servicio."

De este inciso se desprende que, conforme a la definición de contrato de servicios que se contiene en la Ley, no tendrán tal consideración aquellos negocios relativos a I+D en los que la entidad adjudicadora no remunere íntegramente estos servicios y en los que los resultados de los trabajos o estudios no correspondan en exclusiva a dicha entidad adjudicadora.

A la vista de lo expuesto, podría considerarse que la LCSP está contemplando la existencia de un contrato de servicios de investigación y desarrollo que queda al margen de la aplicación de la Ley. Sin embargo, lo cierto es que, si atendemos a las dos notas (no remuneración íntegra de los servicios y no exclusividad sobre su resultado) a que se refiere la misma, vemos que, en una materia como es la de la investigación y desarrollo, podemos encontrar ante la existencia de relaciones jurídicas de colaboración mutua entre las partes, distintas de aquéllas que responden al concepto de contrato oneroso a que se refiere el artículo 2 de la LCSP, en las que una parte encarga la realización de un estudio (en este caso, de I+D), y la otra lo realiza a cambio de un precio o contraprestación y lo entrega a la primera para su uso exclusivo.

Por tanto, en materia de I+D podemos afirmar que las notas señaladas pueden servirnos de parámetros a efectos de determinar si la relación jurídica que se entabla responde a la naturaleza propia de un contrato sujeto a la LCSP o si, por el contrario, resulta posible la celebración de un convenio de colaboración por parte



de la Administración Pública, excluido del ámbito de la LCSP conforme al artículo 4.1. c) de la misma, al encontramos ante un negocio de naturaleza distinta.

De todo lo expuesto se desprende que a la luz de la nueva regulación contenida en la LCSP todos los supuestos en los que la Administración esté interesada en que por parte de una Universidad o de un organismo público o privado de investigación se realice un estudio de I+D concreto, cuyo coste sea sufragado por ella asumiendo los derechos y el uso del resultado del mismo, nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a la LCSP, con las consecuencias que de ello se derivan en cuanto al régimen jurídico de aplicación tanto en la fase de adjudicación del contrato como en la de ejecución, así como respecto de los efectos, cumplimiento y extinción del mismo.

Distintos serán aquellos supuestos en los que la relación que se trate de entablar entre la Administración y el ente público o privado responda a la naturaleza propia del convenio de colaboración, en el sentido de fórmula que responde más a la idea de consecución de un interés común, que a la de contraposición de prestaciones entre las partes, en la que existe, por tanto, una puesta en común de elementos materiales y personales para la realización de los trabajos de investigación y desarrollo, así como la obtención de un resultado de interés para ambas, cuya titularidad y uso corresponde también a las dos partes intervinientes.

No obstante habría que tener siempre presente que la voluntad del legislador de limitar el uso de los convenios de colaboración, nos lleva a interpretar los parámetros o notas señaladas de forma estricta, de tal forma que no puede considerarse que existe auténtica colaboración entre las partes cuando la puesta en común consiste en la aportación por parte de una de ellas del personal necesario para la realización del estudio mientras que la aportación de la otra parte consiste en la aportación económica necesaria para sufragar los gastos que origina la realización del estudio.

El espíritu de la Ley es claro al querer limitar el uso por la Administración del convenio de colaboración en materia de I+D tan sólo a los supuestos en los que la misma acude a esta fórmula con el objeto de realizar con otras entidades proyectos conjuntos que generen conocimiento compartido para uso común por todas las partes.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que estos criterios son los contenidos en el informe del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía de fecha 24 de marzo de 2008, esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa, ha adoptado la siguiente

RECOMENDACIÓN

Sólo resultaría procedente la suscripción de convenios de colaboración en materia de I+D en los casos en que concurran las siguientes notas:

- 1.- Todas las partes que lo suscriben (se recuerda que no tiene por qué



tratarse de dos partes necesariamente) tienen un interés común en llevar a cabo un proyecto conjunto. La existencia de este interés común se aprecia cuando, con los resultados científicos que se deriven de dicho proyecto, se da satisfacción a las necesidades de cada una de las partes, de acuerdo con sus objetivos y fines. No puede considerarse que existe ese interés común cuando el interés de una de las partes consista en la realización del trabajo y que éste le sea sufragado -en todo o en parte- por enmarcarse ello en la actividad propia de la entidad.

2.- El objeto del convenio no se traduce en prestaciones y contraprestaciones de las partes y no consiste en la financiación de un proyecto sino en la realización del mismo, de tal forma que, todas las partes contribuyen al desarrollo del proyecto poniendo en común los datos, conocimientos y elementos personales y materiales con que cuentan.

3.- El proyecto debe generar un resultado científico del que se beneficien todas las partes colaboradoras y del que hagan o puedan hacer uso todas ellas.

