QDL41

III.

Encomiendas de gestión y convenios*

Ángel Menéndez Rexach
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid

1. La encomienda de gestión
1.1. Su regulación en la legislación anterior
1.2. Las novedades de la LRJSP
2. La regulación de los convenios en la legislación anterior y sus insuficiencias
2.1. Datos legales
2.2. Apunte sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia
2.3. Las propuestas de mejora formuladas por el Tribunal de Cuentas
3. La regulación de los convenios en la LRJSP
3.1. Régimen general
3.1.1. Definición y tipos
3.1.2. Requisitos de validez y eficacia
3.1.3. Extinción
3.1.4. Adaptación de los convenios vigentes
3.2. Crítica

Artículo recibido el 17/05/2016; aceptado el 20/05/2016.

* Texto de la conferencia pronunciada en la Jornada: "La nueva legislación sobre Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Régimen Jurídico del Sector Público", organizada por la Diputación de Segovia y la Fundación Democracia y Gobierno Local, y pronunciada en la Diputación de Segovia el 21 de abril de 2016.

Abreviaturas más frecuentes: AGE → Administración General del Estado; CCAA → comunidades autónomas; LRJPAC → Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; LPAC → Ley reguladora del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJSP → Ley de Régimen Jurídico del Sector Público; LBRL → Ley reguladora de las Bases del Régimen Local; LCSP → Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; LGS → Ley General de Subvenciones.

Resumen

Este artículo tiene un doble objeto: uno muy concreto (aunque complejo), la encomienda de gestión, y otro mucho más amplio, los convenios administrativos. Entre ambos hay un punto de conexión, porque la encomienda se instrumenta normalmente mediante convenios. Sin embargo, no se le aplica el nuevo régimen que para estos se contiene en la LRJSP, por lo que hay que atenerse a su regulación específica en ella y en la LCSP para los encargos a "medios propios" de la entidad encomendante.

Son pocas las novedades introducidas por la LRJSP en la regulación de la encomienda, mientras que la de los convenios destaca por su amplitud y su pretensión de aplicación general frente al carácter fragmentario de la anterior, con muchos vacíos. Ello justifica la desigual atención que aquí dedicaremos a una y otra figura, aunque ambas merecerían un tratamiento mucho más extenso del que aquí podemos ofrecer.

Palabras clave: *cooperación; convenios; encomienda*.

Entrustment of management tasks and administrative agreements

Abstract

This article pursues a twofold aim: first, a specific and complex analysis of the entrustment of management tasks institution, and second, the study of a less specific topic, such as administrative agreements. Between the two topics there is a common connection, because normally the entrustment of management tasks adopts the form of an administrative agreement. However, the new legal regime provided by LRJSP is not applicable to the legal institution of the entrustment of management tasks and, therefore, it is necessary to rely on the regulation of the LCSP regarding the entrustment of management task to the "own resources" of the entity which entrust the tasks.

There are few new developments introduced by the LRJSP regarding the institution of the entrustment of management tasks, its regulation may be defined as fragmented and full of legal vacuums. To the contrary, the regulation on administrative agreements is broaden and of general application. This fact justifies a different of treatment in this article, although both institutions would deserve a deeper analysis.

Keywords: cooperation; administrative agreement; entrustment of management tasks.

1
La encomienda de gestión

1.1
Su regulación en la legislación anterior

La LBRL dispone que "las comunidades autónomas podrán delegar competencias en las diputaciones, así como encomendar a estas la gestión ordinaria de servicios propios en los términos previstos en los estatutos correspondientes. En este último supuesto las diputaciones actuarán con sujeción plena a las instrucciones generales y particulares de las comunidades" (art. 37)[1]. El art. 27 LBRL regula la delegación de competencias del Estado o de las CCAA en los municipios, pero no la encomienda de gestión. Esto no excluye la posibilidad de encomienda en virtud de la legislación administrativa general (antes, art. 15 LRJPAC, y ahora, art. 11 LRJSP). La práctica administrativa confirma esta tesis. La encomienda será normalmente de "arriba abajo", pero también es admisible de "abajo arriba", como lo demuestran las numerosas encomiendas de municipios a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

La LRJPAC estableció una regulación de la encomienda de aplicación general a todas las Administraciones (art. 15)[2]. En síntesis:

– Puede ser objeto de encomienda la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño.

1. Este artículo tiene el precedente del art. 5 de la Ley del Proceso Autonómico, según el cual: "Las diputaciones provinciales podrán asumir la gestión ordinaria de los servicios propios de la Administración autónoma en el territorio de la provincia, en los términos que los estatutos y dichas leyes establezcan". Esta gestión ordinaria de los servicios se diferenciaba de la "delegación de competencias", pero no se la denominaba "encomienda de gestión", como hizo después la LBRL. Sobre este y otros precedentes véase M. Vilalta Reixach, *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 62 y ss.

2. Sobre la regulación de la encomienda en la LBRL y la LRJPAC véase A. Gallego Anabitarte y otros, *Conceptos y principios fundamentales del Derecho de Organización*, Marcial Pons, 2000, pp. 130-134. También A. M. Moreno Molina, "Artículo 15. Encomienda de gestión", en M. Sánchez Morón y N. Maurandi Guillén (dirs.), *Comentarios a la Ley 30/92*, Lex Nova — Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pp. 133 y ss.; y M. Vilalta Reixach, ob. cit. en la nota anterior, que es la monografía más completa sobre la materia.

– Destinatarios de la encomienda pueden ser órganos o entidades de la misma o de distinta Administración. En el primer caso, deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o entidades intervinientes, debiendo publicarse el instrumento de formalización en el diario oficial correspondiente[3]. En el segundo caso, se formalizará mediante convenio, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las CCAA por las diputaciones provinciales o en su caso cabildos o consejos insulares, que se regirá por la legislación de Régimen Local.
– No afecta a la competencia ("no supone cesión de titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio"), por lo que el encomendante deberá dictar todos los actos o resoluciones de carácter jurídico que den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha admitido que el encomendado pueda dictar "decisiones estrictamente interlocutorias, solo de mero impulso o de mero trámite"[4].
– Esta regulación no es aplicable a las encomiendas en favor de sujetos de derecho privado, que se ajustarán, "en lo que proceda, a la legislación correspondiente de contratos del Estado, sin que puedan encomendarse a personas o entidades de esta naturaleza actividades que, según la legislación vigente, hayan de realizarse con sujeción al derecho administrativo".

La LCSP excluye de su ámbito objetivo de aplicación "los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y

3. "Cada Administración podrá regular los requisitos necesarios para la validez de tales acuerdos que incluirán, al menos, expresa mención de la actividad o actividades a las que afecten, el plazo de vigencia y la naturaleza y alcance de la gestión encomendada" (art. 15.3, párrafo segundo). Aunque la letra del artículo 15 se refiere genéricamente a "órganos de la misma Administración", la doctrina mayoritaria entendió que debe tratarse de órganos no relacionados jerárquicamente, pues, si lo están, carece de sentido el recurso a la encomienda. En tal caso, se tratará de órdenes o instrucciones de obligado cumplimiento para el inferior (*cfr*. M. Vilalta Reixach, ob. cit., pp. 134-135). Pero también es admisible la tesis de que la ley admite encomiendas entre órganos vinculados jerárquicamente. El resultado es el mismo: en estas encomiendas no hay convenios, sino mandatos u órdenes del superior que el inferior debe cumplir.

4. STS de 08/10/2013, RC 5847/2011, según la cual "tal vez ahí el número 2 del artículo 15 hubiera debido matizar, admitiendo por razones de eficacia, o para no entorpecer innecesariamente el desempeño de la encomienda, que el órgano o la entidad 'gestora' pudiera adoptar decisiones estrictamente interlocutorias, solo de mero impulso o de mero trámite. En este limitado sentido, entendemos que es esa, pese a la ausencia de matices, una interpretación posible de aquel número 2, pues esas acotadas decisiones interlocutorias, no pasarían de ser un mero instrumento de la actividad material, a la que no darían soporte, ni en las que tampoco se integraría esta en sí misma" (FJ 6.º).

servicio técnico del mismo (*sic*), la realización de una determinada prestación" (art. 4.1.n)[5]. El problema es que esos "encargos" carecen de regulación específica, y no les es aplicable la general del art. 15 LRJPAC. El Tribunal de Cuentas ha señalado recientemente que "el crecimiento y consolidación del recurso a las encomiendas a medios propios como técnica de gestión administrativa contrasta significativamente con su escasa y dispersa regulación sustantiva"[6].

Tratándose de "medios propios" de la entidad encomendante no solo no se aplica la legislación de contratos, sino que tampoco se instrumentará la relación mediante un convenio, pues se estará ante un mandato de obligado cumplimiento por el "medio propio". Se trata de relaciones domésticas (*in house*), que constituyen supuestos de ejecución por la propia Administración. Así lo confirma la misma LCSP en relación con TRAGSA y sus filiales, que están "obligadas a realizar" los trabajos que se les encomienden, y cuyas relaciones con los poderes adjudicadores de los que son medios propios instrumentales y servicios técnicos "tienen naturaleza instrumental y no contractual, articulándose a través de encomiendas de gestión de las previstas en el artículo 24.6 de esta Ley, por lo que, a todos los efectos, son de carácter interno, dependiente y subordinado" (d. adicional 25.ª2)[7].

5. Un estudio detallado del tema, en J. Pascual García, *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, BOE, Madrid, 2010; y M. Vilalta Reixach, ob. cit., pp. 253 y ss. También, B. Noguera de la Muela, "Los encargos *in house* en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP): especial referencia a los mismos en el ámbito local a la luz de la reciente jurisprudencia comunitaria", *RAP*, 182, mayo-agosto 2010, pp. 159-190; y J. I. Morillo-Velarde Pérez, "Los contratos internos o contratos *in house providing*", en F. L. Hernández González (coord.), *El impacto de la crisis en la contratación pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 55-72.

6. "Informe de Fiscalización de las encomiendas de gestión de determinados Ministerios, Organismos y otras Entidades Públicas llevadas a cabo al amparo de la legislación que habilita esta forma instrumental de gestión administrativa", aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 30 de abril de 2015 y elevado a las Cortes Generales. En este informe se hace una reseña del origen y de la evolución de la encomienda, y se analizan los problemas derivados de la insuficiencia de la regulación vigente. Su objeto es el análisis de las encomiendas de gestión formalizadas en los años 2011 y 2012 con entidades que tienen atribuida la condición de medio propio o servicio técnico, dentro del ámbito de la Administración Económica del Estado. La relación entre las encomiendas del art. 15 LRJPAC y las del art. 24.6 LCSP fue objeto de la Circular 6/2009, del Servicio Jurídico del Estado. Según ella, las primeras solo pueden tener por objeto actividades ajenas a la LCSP.

7. El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 13/12, de 27 de septiembre de 2012 —"Sistema de ejecución de las encomiendas de gestión por sociedades mercantiles declaradas como medios propios y normas a las que tienen que someterse"—) explica la evolución normativa del supuesto: "La razón de ser estructural del artículo 24 del TRLCSP es la propia evolución histórica de la figura y, en lo que aquí interesa, en relación con los supuestos previstos en las letras a) y b) del artículo 24.1 del TRLCSP, es necesario que disponga de servicios técnicos o industriales su-

En la práctica, se invoca el citado artículo 24.6 LCSP para encomiendas a medios propios que actúan en régimen de derecho público, en virtud de "acuerdo" entre la entidad madre y su medio propio[8], lo que da idea de la confusión existente. El "medio propio" está obligado a cumplir lo que le encargue su "titular", esté o no de acuerdo.

En síntesis, en la legislación anterior a la LRJSP hay tres tipos de encomiendas: las dos de la LRJPAC, que podemos denominar "interadministrativas" e "intradministrativas", según se realicen entre órganos o entidades de distinta o la misma Administración, y las encomiendas de gestión a medios propios que actúan en régimen de derecho privado, previstas en la LCSP, pero no reguladas en ella, porque las excluye de su ámbito objetivo de aplicación. Queda la duda de si son admisibles encomiendas de gestión a sujetos de derecho privado que no tengan la condición de medios propios o servicios técnicos del encomendante. Este supuesto está excluido de la LRJPAC y de la LCSP, pero podría admitirse en virtud del art. 4.1.d) de esta última Ley (convenios con sujetos de derecho privado). En cualquier caso, el objeto de estas encomiendas no puede ser el propio de un contrato, pues en tal caso se regiría por la LCSP.

Las encomiendas intradministrativas y a medios propios son obligatorias y se formalizan conforme a la normativa propia de la entidad respectiva, pero no mediante convenios, porque se sitúan en el ámbito de las relaciones internas de una Administración. Ya hemos dicho que algunos autores no las

ficientemente aptos para la realización de la prestación o que posea elementos auxiliares utilizables cuyo empleo suponga cierto nivel mínimo de ahorro en la ejecución del contrato o ciertas ventajas. La Ley de Contratos del Estado preveía ese supuesto, pero no aludía al caso de que esos medios o servicios propios estuviesen personificados. Las dudas sobre estos casos, quedaron superadas con la doctrina del TJUE sobre el *in house providing*, es decir, la autoejecución o autoabastecimiento de bienes y servicios, que implica que no existe contrato cuando la Administración en sentido amplio —incluidos poderes adjudicadores o entidades públicas en general— utiliza sus medios o servicios propios personificados en una entidad distinta a ella que controle, a la que encomiendas o encargas la prestación".

8. Véase, por ejemplo, la Orden FOM/527/2016, de 5 de abril, por la que se publica el Acuerdo de encomienda de gestión con el Centro de Estudios de Experimentación de Obras Públicas, en relación con la organización material de determinados cursos selectivos correspondientes a la Oferta de Empleo Público de 2015 (BOE de 14 de abril). En su virtud, "El Ministerio de Fomento y el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX) acuerdan, en el marco del artículo 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que el citado Centro lleve a cabo, por razones de eficiencia, determinadas actividades relacionadas con la gestión material de los cursos selectivos previstos en las convocatorias para ingreso y/o acceso en los Cuerpos de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos del Estado, Ingenieros Técnicos de Obras Públicas e Ingenieros Técnicos en Topografía, correspondientes a la oferta de empleo público para el año 2015" (dispositivo primero). El CEDEX es un organismo autónomo adscrito orgánicamente al Ministerio de Fomento y funcionalmente a este Ministerio y al MAGRAMA.

consideran incluidas en el art. 15 LRJPAC. En cambio, las interadministrativas y las que tengan como destinatarios sujetos privados que no tengan la condición de medios propios se deben formalizar siempre mediante convenios, porque las partes están en pie de igualdad jurídica.

La legislación de Castilla y León sigue, correctamente, este esquema, al establecer que: "Cuando se trate de encomiendas de gestión a órganos o entidades de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, se realizarán mediante acto resolutorio que contenga la autorización de la Junta de Castilla y León, y cuando se trate de encomiendas realizadas a órganos o entidades no dependientes de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, deberá procederse a la firma del oportuno convenio". En la misma línea, la encomienda por otras Administraciones Públicas a favor de órganos o entidades dependientes de la Administración autonómica, "requerirá la aceptación de la Junta de Castilla y León y será formalizada mediante la firma del correspondiente convenio, que habrá de ser publicado en el Boletín Oficial de Castilla y León"[9].

1.2
Las novedades de la LRJSP

El art. 11 de esta Ley ha introducido pocas novedades en relación con la LRJPAC y la LCSP[10]. En síntesis:

– En la enumeración de las actividades susceptibles de encomienda ha desaparecido la referencia a las "de servicios", quedando limitada a las "de carácter material o técnico" (art. 11.1, párrafo primero). Es más precisa la nueva redacción, que contrae el objeto de la encomienda a las actuaciones materiales. La referencia a las de "servicios" era excesivamente amplia y, por tanto, imprecisa.
– En coherencia con lo dispuesto en la LCSP, se dispone que "las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público.

9. Art. 48 bis, apartados 5 y 7, de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, introducido por el número 3 del art. 14 de la Ley 5/2014, de 11 de septiembre, de medidas para la reforma de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. El art. 48 ter regula la encomienda a medios propios, "que se formalizará mediante resolución dictada por el titular del órgano o entidad encomendante".

10. El Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto objetó la duplicidad de la regulación de esta figura en el anteproyecto de la LRJPAC y de la LPAC (IV.A.2.1), pero finalmente solo se ha regulado en la LRJSP.

En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en esta" (art. 11.1, párrafo segundo).

– Se añade que: "En todo caso, la entidad u órgano encomendado tendrá la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, siéndole de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal" (art. 11.2, párrafo segundo).

No hay modificación en cuanto a los tipos de encomiendas y su régimen básico. Se mantiene la distinción entre las que se instrumentan entre órganos o entidades de la misma o distinta Administración, así como el régimen aplicable en cada caso. Si en las encomiendas entre distintas Administraciones es coherente la exigencia de convenio, no lo es la del acuerdo expreso de los intervinientes, en defecto de normativa propia, en las encomiendas intradministrativas, salvo que se entienda que estas se refieren solo a órganos o entidades de la misma Administración no relacionados jerárquicamente. Para decirlo con mayor rigor, esa exigencia será coherente cuando entre el encomendante y el encomendado no exista relación de jerarquía o tutela orgánica. Cuando exista, la encomienda será un mandato del superior que el inferior tendrá que asumir obligatoriamente, como hemos señalado en el apartado anterior al comentar la legislación de Castilla y León.

Excepción a lo que se acaba de señalar es la encomienda a una corporación de derecho público, subordinada jerárquicamente a un Ministerio, como es el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, que se formaliza mediante convenio pese a la citada relación de jerarquía[11]. Se trata, obviamente, de un supuesto muy singular en el que la relación se califica a la vez de "jerarquía" y de "alta inspección", lo que es contradictorio.

11. Véase la Resolución de 6 de abril de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de encomienda de gestión del Ministerio de Justicia al Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España para la tramitación de expedientes de nacionalidad por residencia (BOE de 7 de abril de 2015). Se apoya en el art. 560 del Reglamento Hipotecario, según el cual el Colegio de Registradores, "como corporación encargada de velar por el buen funcionamiento de la función registral, queda subordinado jerárquicamente al ministro de Justicia y a la Dirección General de los Registros y del Notariado y sometido a su alta inspección pudiendo ejercer, además de sus funciones propias, las que esta le encomiende" (expositivo cuarto).

2
La regulación de los convenios en la legislación anterior y sus insuficiencias

El principio de cooperación es consustancial al actual modelo de organización territorial del Estado, y el convenio es la técnica típica de cooperación. Supone el acuerdo de voluntades entre entidades públicas que actúan en pie de igualdad jurídica, para la consecución de fines comunes o la resolución de diferencias. Además de estos convenios interadministrativos hay otros que se suscriben con particulares. La LCSP hace referencia a ambos, para excluirlos de su ámbito de aplicación, siempre que su contenido no constituya el objeto de un contrato [art. 4.1.c) y d)], pero no los regula, sino que se remite a sus normas especiales, "aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse" (art. 4.2).

El problema es que no existían tales normas especiales, sino solo regulaciones fragmentarias para algunos supuestos. En la práctica, la utilización de los convenios ha sido creciente, lo que ha acentuado las dificultades derivadas de la ausencia de regulación. Ese vacío ha sido colmado por la LRJSP, que dedica a la materia el último capítulo de su Título Preliminar.

Expondremos en primer lugar la situación normativa anterior –con algunos apuntes sobre la jurisprudencia y una reseña de sus insuficiencias–, puesta de relieve en un notable informe del Tribunal de Cuentas, que denunció una larga serie de malas prácticas y dio pie a que las Cortes Generales instasen al Gobierno a promover una regulación de la materia. En segundo lugar, reseñaremos los aspectos más importantes de la nueva regulación, para concluir con un comentario crítico sobre ella.

2.1
Datos legales

La Constitución solo menciona los convenios entre CCAA (art. 145.2). En la legislación administrativa general anterior a la LRJSP hay reglas sobre los convenios en la LRJPAC, LCSP y LBRL[12].

La primera de estas leyes regula los convenios entre la AGE y las CCAA, en las modalidades de convenios de Conferencia sectorial (art. 5.5) y convenios de colaboración (art. 6), estableciendo su contenido posible, en el que

12. Sobre el tema véase J. M.ª Rodríguez de Santiago, *Los convenios entre Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

se incluye la creación de una organización común bajo la forma de consorcio, si bien puntualizando que en ningún caso "suponen la renuncia a las competencias propias de las Administraciones intervinientes" (art. 8.1). Ambos tipos de convenios son obligatorios (salvo que en ellos se establezca otra cosa), se deben publicar en el BOE y en el boletín oficial de la comunidad respectiva, y comunicar al Senado (art. 8.2). Aunque no se diga, es claro que tienen naturaleza administrativa, ya que los litigios se ventilan ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (art. 8.3).

Una modalidad específica está constituida por los "protocolos generales", que se limitan a establecer pautas de orientación política, o a fijar el marco y la metodología para el desarrollo de la colaboración en áreas o asuntos determinados (art. 6.4). No obstante, al estar comprendidos en la denominación de "convenios", les son aplicables las reglas mencionadas.

La LRJPAC no regula la tramitación de estos convenios. La remite a un desarrollo reglamentario que no se ha producido, limitándose a atribuir la competencia para suscribirlos, en el ámbito de la AGE, a los titulares de los departamentos ministeriales y los presidentes o directores de los organismos públicos vinculados o dependientes (disposición adicional 13.ª).

Las relaciones con las entidades locales se rigen por la LBRL, siendo la LRJPAC de aplicación supletoria (art. 9). La LBRL establece también los convenios como técnica típica de cooperación (junto a los consorcios), para "mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera" (art. 57, redactado por el número dieciséis del artículo primero de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre)[13].

La LRJPAC prevé, por otra parte, la terminación convencional del procedimiento (art. 88), pero no la regula con detalle, remitiéndose a la disposición aplicable en cada caso para la determinación del "alcance, efectos y régimen jurídico específico" de los convenios respectivos[14].

Por su parte, la LCSP menciona los convenios interadministrativos y con personas privadas para excluirlos de su ámbito de aplicación [art. 4.1.c) y d) del Texto Refundido de 2011], salvo que, en el caso de los primeros,

13. Este artículo, en su apartado 3, dispone que "la constitución de un consorcio solo podrá tener lugar cuando la cooperación no pueda formalizarse a través de un convenio", y siempre que no ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda de la entidad local.

14. Sobre la terminación convencional, véase Á. Menéndez Rexach, "Artículo 88. Terminación convencional", en M. Sánchez Morón y N. Maurandi Guillén (dirs.), *Comentarios a la Ley 30/92*, Lex Nova — Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pp. 543 y ss.

"por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley", y en el de los segundos, "siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales". Estas salvedades han contribuido decisivamente a cerrar el paso a la utilización del convenio para instrumentar el objeto propio de un contrato, eludiendo los principios de publicidad y concurrencia y, en general, la aplicación de la legislación de contratos públicos. Sin embargo, estos datos no aclaran la diferencia (si la hay) entre la naturaleza de estos convenios y la de los contratos.

El panorama normativo reseñado resultaba notoriamente insatisfactorio, y así lo puso de relieve el Tribunal de Cuentas en la moción a que después haremos referencia. De los dos tipos de convenios mencionados en la LCSP, los interadministrativos tenían, al menos, una regulación en la LRJPAC, de aplicación directa a los suscritos entre la AGE y las CCAA, y supletoria en relación con las entidades locales. En cambio, la regulación general de los convenios con personas privadas era, sencillamente, inexistente, sin perjuicio de las reglas específicas en algunos sectores (por ejemplo, convenios urbanísticos).

2.2
Apunte sobre el estado de la cuestión en la jurisprudencia

El carácter fragmentario y disperso de la regulación de los convenios, explica seguramente que la jurisprudencia no ofrezca una construcción acabada de estas figuras[15]. No obstante, se pueden extraer algunas consideraciones de interés. En primer lugar, la distinción entre los dos tipos de convenios (entre entidades públicas y con personas privadas) y la afirmación rotunda de que los primeros son una técnica de cooperación, que no puede alterar el ejercicio de las competencias respectivas[16].

15. *Cfr.* Á. Menéndez Rexach, 2013, pp. 547-549.

16. Así, la STS 24.11.2011, recurso 4639/2009, que se remite a la de 16.11.2009, según la cual (FD 3):

> *Los convenios de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas constituyen un cauce de cooperación bilateral entre aquel y estas que, en general, a la vista de lo publicado en el Boletín Oficial del Estado, responden a los llamados convenios-tipo o de suscripción generalizada: esto es, un mismo texto a suscribir individualizadamente por las distintas comunidades autónomas y el Estado para atender sectores determinados.*
>
> *En general, suelen ceñirse los convenios a la realización de actuaciones conjuntas entre la Administración estatal y la autonómica en el marco de sus respectivas competencias que no pueden verse alteradas "al socaire de un convenio de colaboración"*

En cuanto a los convenios con personas de derecho privado, la STS de 5 de abril de 2011, recurso 4653/2008, remitiéndose a otra de 18.2.2004, resume el estado de la cuestión de su naturaleza. Afirma, con razón, que "la problemática relativa a los convenios de colaboración celebrados por la Administración es ciertamente complicada a causa, sobre todo, de la ausencia de una definición legal de los mismos, e incluso de un concepto doctrinal netamente perfilado sobre su naturaleza" (FD 5). Deja constancia de las disparidades doctrinales sobre la naturaleza del convenio (si es o no distinta a la del contrato), e insiste en la distinción entre los interadministrativos y los que se celebran con personas de derecho privado, recordando que "la doctrina jurisprudencial entiende que han de someterse a los principios de publicidad, competitividad e igualdad de oportunidades", para concluir que el convenio es un *nomen iuris*, y que "consecuentemente no ha de ser la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio objeto de controversia la que determine el régimen jurídico que ha de regularlo, sino la real naturaleza del mismo la que ha de imponer o permitir prescindir de los principios mencionados […]". El propósito de esta doctrina jurisprudencial es evitar que se utilice la vía del convenio para eludir la aplicación de los requisitos de la legislación de contratos.

La STS de 4 de marzo de 2013, recurso de casación 5079/2011, con remisión a otras, contiene una doctrina general sobre los convenios interadministrativos de colaboración, considerando que "se trata de negocios jurídicos que celebran entre sí las Administraciones que los suscriben, en posición de igualdad […], de tal forma, que presentan ciertas concomitancias con los contratos, en cuanto corresponden a una concurrencia de voluntades coincidentes sobre determinados objetivos orientados a una específica finalidad, si bien rebasan o exceden el específico concepto del contrato, pues sus límites no son otros que los derivados del interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración" (FD 6)[17].

(FJ 5.º STC 95/86). Su objeto es, por tanto, el mero ejercicio de las respectivas competencias de los suscribientes. No cabe disponer, en consecuencia, de la titularidad de las competencias y de los regímenes competenciales sustantivos establecidos en la Constitución y en el correspondiente estatuto de autonomía.

La STS 27.5.2003, recurso 270/1999, rechaza que estos convenios tengan el carácter de reglamentos ejecutivos, aunque se suscriban en virtud de una ley (en el caso, los artículos 66 y siguientes de la Ley General de Sanidad). Considera que esos preceptos "le atribuyen el carácter de actos bilaterales, de negocios jurídicos, que generan derechos y obligaciones para sus signatarios", y añade que "también el acuerdo aparece regulado en los artículos 6, 7 y 8 de la Ley 30/92". Se trataba de un convenio de gestión hospitalaria suscrito entre una comunidad autónoma y el antiguo INSALUD.

17. La sentencia condena a la Comunidad de Madrid a abonar a la Universidad Complutense la suma de 286 316,49 euros, correspondientes al cumplimiento en el año 2009

2.3
Las propuestas de mejora formuladas por el Tribunal de Cuentas

El Pleno del Tribunal de Cuentas, en sesión del día 30 de noviembre de 2010, aprobó una moción, "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". Con base en ella, en diciembre de 2012, la Comisión Mixta de las Cortes para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas instó al Gobierno a que promoviera "la elaboración y aprobación de un marco jurídico sustantivo y de procedimiento que complete y sistematice el vigente marco legal de los convenios de colaboración, tanto los que se suscriben entre Administraciones o entidades públicas como los que se suscriben con administrados, que formule su concepto diferenciándolo de figuras afines, y que precise sus ámbitos subjetivo y objetivo, así como los extremos que se han de comprender en su contenido"[18].

En la fundamentación de la moción, el Tribunal de Cuentas señalaba que "el convenio es una figura de escasa regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico", por lo que "se generan prácticas en las que a veces se soslaya la aplicación de la legislación contractual en cuestiones en las que esta es la procedente, y la gestión de los fondos públicos discurre por cauces jurídicamente inseguros; así se resiente la aplicación de los principios de legalidad, eficiencia y economía".

En relación con los convenios celebrados con personas de derecho privado, las deficiencias detectadas eran, en síntesis, las siguientes (II.2):

– Los convenios, por regla general, se celebran sin una norma habilitante específica.
– No se realizan actuaciones tendentes a dar publicidad o a promover la concurrencia.

del Convenio de 7 de junio de 2000, junto con la cantidad de 16 322 054,75 euros, en concepto de incorporación del complemento específico y complemento de destino en las pagas extraordinarias del mismo año 2009, conforme al Plan de Financiación de las Universidades Públicas de la Comunidad de Madrid para el período 2006-2010. También contiene una importante doctrina general sobre los convenios interadministrativos la STS de 16 de febrero de 2011, recurso de casación núm. 2569/2009, relativa a un convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio de la Presidencia y la Comunidad de las Islas Baleares para la creación de un Centro de Investigación y Tecnologías Turísticas en el ámbito territorial de dicha Comunidad.

18. *Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con la Moción sobre la necesidad de establecer un adecuado Marco Legal para el empleo del Convenio de Colaboración por las Administraciones Públicas* (BOE de 15 de marzo de 2013).

– Bajo la apariencia de convenios se han tramitado auténticos contratos administrativos.
– En ocasiones los convenios constituyeron *de facto* subvenciones públicas, otorgadas al margen de la legislación general de subvenciones.
– En muchos casos el objeto de los convenios no se identifica con precisión y, en algunos, no constan los criterios para determinar la cantidad a aportar por la Administración.
– En la fase de ejecución, no hay constancia ni del cumplimiento de los compromisos asumidos ni de la justificación del gasto.

En relación con los convenios entre entidades públicas, se destacaban las siguientes deficiencias, en su mayor parte concernientes a la financiación (II.3):

– En los convenios en el seno de la AGE, inexistencia de delimitación clara respecto de figuras afines como la encomienda de gestión o el contrato, así como algunas prácticas inaceptables[19].
– En los convenios entre la AGE y las CCAA se han detectado "soluciones diversas para un mismo tipo de convenio", e inexistencia de "determinación y objetivación de los criterios de asignación de los recursos", y "de una clara delimitación entre los casos en que se está ante una subvención, o ante una inversión directa por parte de la Administración financiadora". En la fase de ejecución se han apreciado "significativos retrasos en la redacción y aprobación de los proyectos a ejecutar", insuficiente definición de las funciones de los órganos mixtos de seguimiento y control y, en general, ausencia de previsiones que permitan resolver las incidencias que se presenten en esta fase.
– En los convenios entre la AGE y las entidades locales las deficiencias observadas eran coincidentes con las mencionadas, subrayándose la imprecisa definición del objeto, la inaplicación generalizada de los principios de publicidad y concurrencia (si bien reconociendo que "no siempre es compatible con el objeto del convenio"), y la ausencia de regulación de las causas de extinción distintas del transcurso del plazo de vigencia, así como de las consecuencias patrimoniales del incumplimiento de lo convenido.

Al explicar el marco jurídico común y sus insuficiencias (III. Primera), la fundamentación de la moción subraya, con razón, que la figura jurídica

19. "[…] falta de información sobre los criterios con arreglo a los cuales se fija la cuantía de las aportaciones o la ausencia de desglose de los conceptos de coste, desproporción entre la cuantía de la aportación que realiza la AGE y lo que recibe, improcedente inclusión de cláusulas de sometimiento de las controversias entre los firmantes a la jurisdicción contencioso-administrativa, y ausencia de actos formales de entrega y recepción".

del convenio, pese a su empleo creciente, "no ha sido objeto de una regulación sistemática en nuestro país, al menos en el ámbito de la legislación del Estado"[20]. Reconoce que los problemas "derivados del empleo del convenio para canalizar relaciones de naturaleza contractual, han quedado solucionados en la vigente LCSP que obliga a que estas relaciones, incluidas las que se establecen entre entidades públicas, se formalicen en contratos, siguiendo la normativa contractual común" (párrafo segundo)[21]. Pero subsisten otros que justifican la necesidad de una regulación unitaria de la figura, que tropieza en primer lugar con "la ausencia de un concepto legal o jurisprudencial o de un concepto doctrinal, generalmente aceptado, sobre la institución", como ya había señalado el Tribunal Supremo en las sentencias citadas en el epígrafe anterior.

Se perfila la figura del convenio en los siguientes términos (III. Primera. 1):

> *[…] a partir de la legislación vigente, podría sostenerse que el convenio se caracteriza por la existencia de un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre los sujetos que convienen, efectos que, por tanto, no proceden de uno solo de ellos sino de todos. Se trata de una nota común con el contrato, pero a partir de este sustrato común aparecen claras diferencias, sin que subsista la zona de interferencia que se daba en el pasado, al englobar en el concepto de convenio auténticos contratos, cuando tenía lugar entre Administraciones, así como encomiendas de gestión, caracterizadas porque se formalizan entre sujetos que no son materialmente independientes, aunque formalmente sí lo sean. En el convenio cada sujeto asume, junto al otro u otros con*

20. "La normativa reguladora se encuentra dispersa en una multiplicidad de normas, que abordan aspectos parciales o modalidades concretas, de las cuales solo algunas, las menos, pueden considerarse comunes a los distintos tipos de convenios, mientras que otras únicamente conciernen a algunos de ellos" (III, párrafo primero). En el ámbito autonómico sí hay regulaciones generales, como la muy completa de Aragón (Ley 1/2011, de 10 de febrero, de convenios de la Comunidad Autónoma de Aragón). En ella se regulan los convenios que celebre la Comunidad Autónoma con el Estado, otras CCAA, los entes públicos e instituciones de otros Estados u organismos internacionales en el ámbito de la Unión Europea y de la acción exterior, las Universidades públicas y las corporaciones de derecho público (art. 2.1). Se excluyen del ámbito de la Ley, porque se regirán por su normativa específica, los convenios que por su naturaleza tengan la consideración de contratos, los convenios urbanísticos y los acuerdos adoptados en materia de seguridad pública (art. 3.2).

21. Más adelante se añade que: "Con la nueva LCSP, que ha reconducido al ámbito contractual los negocios y relaciones jurídicas entre Administraciones Públicas 'que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley' [art. 4.1 c)], y que ha consolidado, como una figura negocial diferenciada del convenio y del contrato, la encomienda de gestión a favor de entes instrumentales [art. 4.1 n)], resulta posible formular un concepto más preciso de convenio de colaboración, lo que constituye un importante avance en la configuración legal de la institución".

los que se formaliza el acuerdo de voluntades, una obligación de dar o de hacer, pero dicha obligación no tiene por causa "la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte", lo que lo situaría en el ámbito de los contratos onerosos (art. 1274 CC) sujetos a la LCSP (art. 2 LCSP). La causa de la aportación será la consecución de un fin común a los sujetos que convienen, y como quiera que, al menos uno de ellos, ha de ser una Administración Pública, dicho fin habrá de ser de interés público.

Se afirma que la diferencia más palpable entre los convenios interadministrativos y los convenios Administración-administrados "viene dada por la naturaleza de los sujetos que se conciertan, que, en el primer caso, son dos entidades públicas, y, en el segundo, una entidad pública y una persona física o jurídica sujeta al derecho privado", si bien se entiende que "lo procedente es considerar incluidos en el primer grupo los convenios suscritos con aquellos organismos públicos que, de conformidad con la legislación administrativa general, tienen la condición de Administración Pública […] mientras que en el segundo se han de entender comprendidos los celebrados con las sociedades mercantiles de participación mayoritaria o exclusivamente pública y las fundaciones públicas, cuya pertenencia al sector público no les confiere la condición de Administración ni aun de entidades públicas, así como los celebrados con cualesquiera entidades privadas, aunque persigan fines de interés general, por cuanto tampoco esta circunstancia las convierte en públicas"[22].

En relación con los convenios interadministrativos, se considera problemática "la posibilidad de que puedan establecerse convenios entre un Ministerio y las entidades adscritas al mismo", porque "la relación de dependencia o instrumentalidad del organismo público pugna con la nota de igualdad de los suscriptores, propia de los convenios interadministrativos"[23].

En cuanto a los convenios con administrados, se llama la atención sobre "la inexistencia de una norma habilitadora de carácter general similar a la que existe para los interadministrativos", que no puede ser suplida por la libertad de pactos que consagra el art. 25 LCSP, "criterio que se corrobora

22. "Lo relevante para que los convenios queden encuadrados entre los del apartado d) (convenios con particulares *del art. 4.1 LCSP*), en positivo, es que las personas con las que se suscriben queden sometidas al derecho privado, y, en negativo, que no sean entidades públicas. En todo caso, este es otro extremo que sería deseable que se clarificara por vía legal" (III. Primera. 5).

23. "De ahí que la vía del convenio, en principio, no puede considerarse adecuada para formalizar este tipo de relaciones, que deberán reconducirse, en su caso, a la encomienda de gestión, bien a la contemplada en el art. 4.1 n) LCSP, si su objeto es contractual, bien a la contemplada en el art. 15 LRJPAC, en caso contrario" (III. Primera. 4).

con lo dispuesto en el art. 88 LRJPAC al establecer que los acuerdos, pactos y convenios tendrán el alcance, los efectos y el régimen jurídico que en cada caso prevea la disposición que los regule" (III. Segunda). De ese vacío legal el Tribunal de Cuentas extrae una rotunda consecuencia: "que no puede considerarse ajustada al ordenamiento jurídico, sin un adecuado respaldo legal, la suscripción de convenios con particulares que impliquen la concesión de ayudas singulares, o, en general, un trato privilegiado a determinadas entidades o ciudadanos, por cuanto por su propia naturaleza excepcionan el principio de igualdad ante la ley"[24].

Tras estas consideraciones generales, la fundamentación de la moción que comentamos formula otras más concretas sobre los siguientes aspectos:

a) Aplicación de los principios de la LCSP, cuyo alcance "es muy distinto en los convenios interadministrativos y en los convenios con administrados, pues si bien algunos principios como los de publicidad y transparencia pueden aplicarse en ambos casos sin limitación, otros como los de concurrencia, igualdad y no discriminación tienen un distinto alcance, según el tipo de convenio" (III. Tercera).
b) Necesidad de especificar el objeto del convenio ("para evitar que bajo el ropaje de convenios se encubran auténticos contratos") y la correcta cuantificación de la aportación de la Administración (cuando "no sea posible determinar el importe exacto del gasto, al menos debería figurar el importe máximo del compromiso, por exigencias de la legalidad presupuestaria") (III. Cuarta).
c) Obligación de ejecutar lo convenido en los términos estipulados y justificación del gasto, que "responde a dos finalidades: acreditar que se ha cumplido con el objeto (vertiente material) y acreditar que se ha realizado el gasto (vertiente financiera)" (III. Sexta).

Como resultado de la extensa argumentación, el Tribunal de Cuentas formula una larga lista de propuestas "para su consideración por las Cortes Generales y su traslado al Gobierno u otras Instancias, si lo estiman pertinente". Entre ellas destacamos las siguientes por su alcance más general y su vinculación directa con el contenido de este artículo:

1.ª Que se complete y sistematice el vigente marco legal de los convenios de colaboración, tanto los que se suscriben entre Administraciones o entidades públicas como los que se suscriben con administrados, que se

24. "Por el contrario, si el convenio no implicara una situación de privilegio podría ser defendible la innecesariedad de norma habilitadora, que es la práctica que sigue la Administración, siempre que en su instrumentación se respeten las restantes exigencias del marco legal aplicable. En todo caso, la necesidad de una clarificación normativa sobre este extremo es manifiesta".

formule su concepto diferenciándolo de figuras afines, y que se precisen sus ámbitos subjetivo y objetivo, así como los extremos que se han de comprender en su contenido[25].

2.ª Que se precise si a los convenios que se celebren por entidades públicas que se rigen por el derecho privado con otras entidades o Administraciones Públicas les es de aplicación el régimen de los convenios interadministrativos [art. 4.1 c) LCSP] o el de los convenios con administrados [art. 4.1.d) LCSP].

3.ª Que se precise en qué medida las relaciones entre la Administración centralizada y los organismos públicos dependientes o vinculados a aquella pueden canalizarse mediante convenios de colaboración, o si deben canalizarse mediante encomiendas de gestión, bien de las contempladas en el art. 4. n) LCSP, bien de las contempladas en el art. 15 LRJPAC.

4.ª Que se adopten medidas eficaces en orden a la efectiva aplicación de los principios de la LCSP, en los casos de ausencia de normas especiales, según contempla su art. 4.2, teniendo en cuenta el distinto alcance que estos principios tienen en relación con los convenios interadministrativos y con los convenios con administrados.

3
La regulación de los convenios en la LRJSP

La regulación de los convenios contenida en el Capítulo VI del Título Preliminar de la LRJSP es deudora de la moción del Tribunal de Cuentas que acabamos de reseñar, y así lo reconoce el Preámbulo[26]. Expondremos a con-

25. "Independientemente de ello, por lo que se refiere a los del primer tipo, sería deseable acometer el desarrollo reglamentario previsto en la disposición adicional 13.ª 'Régimen de suscripción de los convenios de colaboración' de la LRJPAC, y por lo que se refiere a los convenios con administrados, este Tribunal, como ha manifestado en diversos informes de fiscalización, entiende que, sin perjuicio de que se recojan sus aspectos esenciales en una norma de alcance general, en vista de la gran variedad de tipos de convenios que existen y sus distintas exigencias, debería considerarse la conveniencia de que cada departamento ministerial elabore una normativa reguladora propia, dentro del expresado marco común, de modo semejante a lo establecido sobre las bases reguladoras de los distintos tipos de subvenciones públicas (arts. 9.2 y 17 LGS) o en relación con el régimen de las encomiendas de gestión (art. 24.6 LCSP). Se dotaría así de un contenido preciso y seguro a la remisión que hace el art. 4.1.d) LCSP a sus 'normas específicas' y quedaría resuelto el debatido problema sobre si es precisa la existencia de norma habilitadora para suscribir convenios".

26. "Por último, se regulan en el Título Preliminar los convenios administrativos, en la línea prevista en el Dictamen 878 del Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre, de 2010

tinuación las líneas maestras de la nueva regulación legal, para finalizar con un comentario crítico.

3.1
Régimen general

3.1.1
Definición y tipos

Los convenios se definen como "acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común" (art. 47.1, párrafo 1.º). No tienen esa consideración "los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles" (art. 47.1, párrafo 2.º). Esta es una diferencia importante con la LRJPAC, que, como se recordará, incluye dichos protocolos entre los convenios de colaboración.

Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. Si las tuvieran, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público (art. 47.1, párrafo 3.º, LRJSP). Pero no se aclara qué tipo de prestaciones pueden ser objeto específico de convenios, lo que es importante, pues, en virtud del principio de libertad de pactos, casi todas podrían ser objeto de contratos. El legislador podría haber intentado una enumeración del objeto posible de los convenios siquiera a título meramente ejemplificativo (acuerdos de Conferencia sectorial, encomienda de gestión, creación de consorcios, terminación convencional, etc.).

Con la redacción aprobada seguimos sin saber cuál es la diferencia (si la hay) entre convenios y contratos. La definición legal (acuerdos con efectos jurídicos) no excluye la naturaleza contractual de los convenios, sino que la apoya. El dato de que una de las partes o ambas sean una entidad pública no obsta a la naturaleza contractual de los convenios, ni los singulariza frente

[…]. De este modo, se desarrolla un régimen completo de los convenios, que fija su contenido mínimo, clases, duración, y extinción y asegura su control por el Tribunal de Cuentas" (II, párrafo último).

a los contratos regulados en la LCSP, en los que puede ocurrir lo mismo. La conclusión es que los convenios son acuerdos de voluntades con efectos jurídicos que no están regulados en la LCSP, lo que dogmáticamente no es muy satisfactorio, pues no excluye que los convenios tengan naturaleza contractual.

Los tipos de convenios previstos en la LRJSP son los siguientes (art. 47.2, cursiva no original):

a) Convenios *interadministrativos* entre *distintas Administraciones Públicas* (u organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes). Se excluyen los convenios entre CCAA, que se regirán por sus respectivos estatutos de autonomía[27].
b) Convenios *intradministrativos* firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública. La Ley da así carta de naturaleza a estos convenios sobre los que el Tribunal de Cuentas había manifestado sus dudas.
c) Convenios firmados *entre una Administración Pública* u organismo o entidad de derecho público y un *sujeto de derecho privado*.
d) Convenios no constitutivos ni de tratado internacional, ni de acuerdo internacional administrativo, ni de acuerdo internacional no normativo, firmados *entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de derecho internacional*, que estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes. En este grupo se encuadran, por ejemplo, los convenios de cooperación transfronteriza.

A mi juicio, esta tipología es criticable por ser puramente descriptiva y, además, incompleta. Se debería haber partido de la distinción, ya asentada, entre convenios interadministrativos y con sujetos privados, subdividiendo los primeros en función de que se suscriban entre distintas Administraciones Públicas o en el seno de una sola (los que la Ley llama "intradministrativos"), y los segundos en función de que el sujeto de derecho privado sea un medio propio de una Administración o un particular (persona física o jurídica).

27. La exclusión fue consecuencia de una observación formulada por el Consejo de Estado, fundada en la incompetencia del Estado para regular estos convenios. Según el dictamen, "el régimen jurídico básico de los convenios de colaboración contenido en el anteproyecto puede considerarse amparado en la competencia estatal básica sobre el régimen jurídico de las Administraciones Públicas del artículo 149.1.18.ª de la Constitución, salvo un concreto aspecto, que es el relativo a los convenios entre comunidades autónomas", reservado por el art. 145.2 CE a las normas estatutarias de aquellas (expediente núm. 274/2015, de 29 de abril de 2015).

La tipología es incompleta porque faltan, al menos, los convenios de terminación del procedimiento. Se mencionan, junto con los de encomienda de gestión, para excluirlos de la aplicación de las normas de este Capítulo (art. 48.9)[28], pero hay una diferencia importante, porque la terminación convencional tiene sustantividad propia frente a otros tipos de convenios, mientras que los de encomienda de gestión no la tienen, sino que pueden estar comprendidos en varios de los tipos legales (interadministrativos, intradministrativos y con sujetos privados).

No se incluyen en la tipología los acuerdos de órganos de cooperación (art. 145.4 LRJSP), lo que parece correcto, pues formalmente no se trata de convenios *inter partes*, sino de decisiones de un órgano *ad hoc* adoptadas "a través de un procedimiento simplificado y por suscripción sucesiva de las partes". Quizá por ello ya no se hace referencia a los convenios de Conferencia Sectorial, que la LRJPAC considera una de las modalidades de convenios. Conforme a la LRJSP, las decisiones de esas Conferencias podrán revestir la forma de acuerdos o de recomendaciones (art. 151.2).

28. La redacción de ese apartado proviene de una observación formulada por el Consejo de Estado en los siguientes términos: "El artículo 22.9 del anteproyecto debería ser reformulado. Este precepto establece que 'las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional a los que se refiere la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que se formalicen mediante un convenio, se regirán por lo dispuesto en esa Ley'. La regulación proyectada parece traer causa del contenido de la moción remitida por el Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales con fecha 30 de noviembre de 2010, en la que, con ocasión del análisis de la repercusión económico-financiera de la actividad convencional de la Administración, se puso de relieve la importancia de distinguir entre los convenios de colaboración y otro tipo de acuerdos, como aquellos en cuya virtud una Administración encarga a otra la realización de una determinada actividad —encomienda de gestión— o se pacta la finalización de un procedimiento administrativo —convenio transaccional—. Sin embargo, la redacción del precepto en cuestión no es afortunada; en primer lugar, porque da a entender que no todas las encomiendas de gestión y acuerdos de terminación convencional se formalizan mediante convenio, cuando, en realidad, este siempre existe en tales casos, y, en segundo término, porque, en lugar de remitir la regulación de las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional a lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo Común, debería exceptuar a tales figuras de la aplicación del régimen de los convenios de colaboración contenido en la LRJSP. De este modo, el artículo 22.9 quedaría formulado de forma más precisa en los siguientes o similares términos: 'Las normas del presente capítulo no serán de aplicación a las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos' ". A mi juicio, con independencia de que la encomienda de gestión ya no se regula en la LPAC sino en la LRJSP, la argumentación no era correcta, porque no es cierto que la encomienda de gestión se formalice siempre mediante convenio. No habrá convenio cuando exista relación de jerarquía entre el encomendante y el encomendado, como se ha explicado en el epígrafe 2. Por otra parte, aunque la encomienda se rija por sus propias normas, se debería haber dispuesto la aplicación supletoria de las del capítulo que comentamos.

Los convenios de creación de consorcios (art. 123.1) no tienen sustantividad. Aunque sea obligatoria esa modalidad de creación, el convenio será reconducible a alguno de los tipos legales, en general, al de los interadministrativos.

Finalmente, los convenios con sujetos privados parecen comprender tanto los suscritos con sociedades mercantiles, fundaciones públicas y otros medios propios de una Administración, como los suscritos con entidades y personas físicas puramente privadas. Sin embargo, el significado de unos y otros es muy diferente, ya que los primeros se asimilan a los de cooperación (inter- o intradministrativos), mientras que en los segundos la parte privada es ajena a la Administración o, si se prefiere, al sector público.

En resumen, los tipos de convenios son:

a) De cooperación, en las dos modalidades de interadministrativos o intradministrativos. En el primer grupo se incluyen los que se suscriban con órganos o entidades de otros Estados o de un sujeto de derecho internacional, y que se rigen por el ordenamiento interno que en cada caso se determine.
b) Con sujetos de derecho privado, que pueden ser entes instrumentales o medios propios de una Administración (en cuyo caso se asimilan a los convenios de cooperación), o personas físicas o jurídicas ajenas a ella (en cuyo caso deberían tener un régimen diferente, en especial, en cuanto a la aplicación obligatoria de los principios de publicidad y concurrencia).
c) De terminación del procedimiento, que se rigen por el art. 86 de la LPAC y la disposición que en cada caso prevea esta modalidad de terminación.

3.1.2
Requisitos de validez y eficacia

La tipología de convenios establecida en la Ley no tiene consecuencias en cuanto al régimen jurídico aplicable, que es, en sustancia, el mismo para todos, lo que confirma su carácter puramente descriptivo. La regulación es, además, parcial, puesto que algunos preceptos son de aplicación general, mientras que otros lo son solo a los convenios de la AGE[29].

29. Esta fue una de las críticas formuladas por el Consejo de Estado al diseño general del entonces anteproyecto de ley, considerando, con razón, que debían separarse en leyes diferentes los preceptos de carácter básico y los aplicables solo a la AGE.

Reseñaremos a continuación los requisitos de validez (competencia, procedimiento, contenido, perfección) y de eficacia (publicidad e inscripción en un registro).

1. Competencia.

Solo se establece en el ámbito de la AGE (titulares de los departamentos ministeriales, y presidentes o directores de las entidades y organismos públicos: art. 48.2). En las CCAA se aplicará su legislación propia y, para las entidades locales, la de régimen local.

2. Procedimiento.

Con carácter general y sin perjuicio de las especialidades que la legislación autonómica pueda prever, se exige una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión y el cumplimiento de los requisitos legales (art. 50.1).

Cuando el convenio instrumente una subvención deberá cumplir con lo previsto en la LGS y, en su caso, en la normativa autonómica de desarrollo (art. 48.7). Conforme a la LGS los convenios son el instrumento habitual para canalizar las subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado y en los de las corporaciones locales (art. 28.1, párrafo segundo, en relación con el art. 22.2.a).

En los convenios que suscriban la AGE y sus organismos dependientes se requiere también el informe del servicio jurídico (salvo cuando el convenio se ajuste a un modelo normalizado informado previamente por aquel) y la autorización previa del MINHAP. Este Ministerio remitirá al Senado los convenios con CCAA (art. 50.2). Hay que entender que la remisión es posterior a la aprobación del convenio y no un trámite previo a ella.

3. Contenido.

El contenido mínimo es el siguiente (art. 49.1):

a) Sujetos que suscriben el convenio.
b) Competencia en la que se fundamenta la actuación (que no se puede ceder en virtud del convenio: art. 48.1).
c) Objeto y actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento.
d) Obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, si los hubiera.
e) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y los compromisos asumidos.
f) Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución, que resolverán los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse.

g) Régimen de modificación del convenio, que requerirá acuerdo unánime de los firmantes, salvo que expresamente se estipule otra cosa.
h) Plazo de vigencia, que no podrá ser superior a cuatro años, prorrogable por otros cuatro, salvo que normativamente se prevea un plazo superior[30].

4. Perfección y eficacia.

Los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes (art. 48.8). La eficacia de los suscritos en el ámbito de la AGE está condicionada a su publicación en el BOE y su inscripción en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal (art. 48.8, párrafo segundo). Hay que suponer que dicha inscripción será anterior a la publicación en el BOE. Ya hemos dicho que los convenios con CCAA deben ser remitidos al Senado.

Los convenios cuyos compromisos económicos asumidos superen los 600 000 euros, así como sus modificaciones, prórrogas o variaciones de plazo, deberán remitirse electrónicamente al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma que corresponda, dentro de los tres meses siguientes a la suscripción (art. 53.1 y 2). Se trata de un mandato legal que no constituye un requisito de eficacia del convenio.

3.1.3
Extinción

Los convenios se extinguen por el cumplimiento de las actuaciones que constituyen su objeto o por incurrir en causa de resolución (art. 51.1). Son causas de resolución (art. 51.2):

a) El transcurso del plazo de vigencia sin haberse acordado la prórroga.
b) El acuerdo unánime de todos los firmantes.
c) El incumplimiento de las obligaciones y los compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes. En este caso, cualquiera de las partes podrá notificar a la parte incumplidora un requerimiento para que cumpla, en un determinado plazo, con las obligaciones o compromisos que se consideran incumplidos. Este requerimiento será comunicado al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la

30. En el caso de convenios suscritos por la AGE o sus organismos públicos y entidades vinculados o dependientes, esta prórroga deberá ser comunicada al Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación al que se refiere la disposición adicional séptima.

ejecución del convenio, y a las demás partes firmantes. Si trascurrido el plazo indicado en el requerimiento persistiera el incumplimiento, la parte que lo dirigió notificará a las partes firmantes la concurrencia de la causa de resolución, y se entenderá resuelto el convenio. La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados, si así se hubiera previsto.

d) Por decisión judicial declaratoria de la nulidad del convenio.

e) Por cualquier otra causa distinta de las anteriores prevista en el convenio o en otras leyes.

Extinguido el convenio se procederá a su liquidación para determinar las obligaciones y compromisos de las partes (art. 52.1), aplicándose las reglas que se establecen para los convenios de los que deriven compromisos financieros (art. 52.2). No obstante, si cuando concurra cualquiera de las causas de resolución existen actuaciones en curso de ejecución, las partes, a propuesta de la comisión de seguimiento, vigilancia y control del convenio o, en su defecto, del responsable del mecanismo correspondiente, podrán acordar la continuación y finalización de las actuaciones en curso que consideren oportunas, estableciendo un plazo improrrogable para su finalización (art. 52.3).

3.1.4
Adaptación de los convenios vigentes

Todos los convenios vigentes suscritos por cualquier Administración Pública, o cualquiera de sus organismos o entidades vinculados o dependientes, deberán adaptarse a lo previsto en la LRJSP en el plazo de tres años a contar desde su entrada en vigor (disposición adicional octava). La adaptación será automática en cuanto al plazo de vigencia del convenio para los que no tuvieran plazo determinado o tuvieran establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido. En estos casos el plazo de vigencia del convenio será de cuatro años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley[31].

31. El apartado 2 de esta disposición adicional establece que: "Todos los organismos y entidades, vinculados o dependientes de cualquier Administración Pública y cualquiera que sea su naturaleza jurídica, existentes en el momento de la entrada en vigor de esta Ley deberán estar inscritos en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local en el plazo de tres meses a contar desde dicha entrada en vigor". Obviamente este mandato nada tiene que ver con los convenios.

3.2
Crítica

La regulación de los convenios en la LRJSP supone un avance, en cuanto cubre el vacío normativo existente en la legislación hasta ahora vigente y, en concreto, en la LRJPAC, que solo regula los convenios entre la AGE y las CCAA. Sin embargo, deja mucho que desear en el plano conceptual y en el práctico de la resolución de los problemas planteados por el Tribunal de Cuentas en su notable moción de 2010. En síntesis, se pueden formular las siguientes críticas:

a) En el plano conceptual, no se aclara el significado de los convenios ni su distinción con los contratos, si bien hay que decir, en descargo del legislador, que no es su función resolver los problemas doctrinales.

b) La tipología de convenios, además de incompleta, pues no recoge la terminación convencional, es puramente descriptiva y no tiene consecuencias en cuanto al régimen jurídico aplicable, aunque debería tenerlas. En concreto, se debería diversificar el régimen de los convenios interadministrativos, el de los intradministrativos y el de los convenios con sujetos de derecho privado, en este último caso en función de que el sujeto con el que se conviene esté encuadrado en una Administración Pública o sea una persona puramente privada.

c) La regulación de la tramitación de los convenios es insuficiente. Es cierto que se trata de una materia típicamente reglamentaria, pero no se ha previsto su desarrollo, como hacía la LRJPAC en su disposición adicional 13.ª. No obstante, el Gobierno podrá aprobar ese desarrollo en virtud de su potestad reglamentaria y de la autorización genérica contenida en la disposición final 15.ª de la LRJSP. Es muy recomendable que haga uso de esa facultad. Aunque la regulación que dicte en su ejercicio tendrá que centrarse en los convenios de que sea parte la AGE, podrá servir de referencia a la que aprueben las CCAA y las entidades locales para mantener un marco normativo coherente. Para alcanzar ese objetivo, la regulación de los convenios debería ser "convenida" o pactada.