

# Encomiendas de gestión, encargos y convenios en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público\*

JESÚS COLÁS TENAS

*Oficial mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza*

## 1. Reflexiones previas sobre el origen de la confusión conceptual entre convenio, encomienda de gestión y encargo a un medio propio

### 1.1. La ausencia de concepto jurídico normativo del convenio

*Artículo recibido el 07/03/2016; aceptado el 13/06/2016.*

\* Ponencia presentada en las Jornadas: “Las nuevas Leyes del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y del Régimen Jurídico del Sector Público”, celebradas el 17 y 18 de febrero de 2016 en el Auditorio “Edgar Neville” de la Diputación de Málaga, y organizadas por dicha Diputación, el Instituto Superior de Economía Local y la Fundación Democracia y Gobierno Local.

Abreviaturas, siglas y acrónimos: DCP, Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; JCCA, Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; JCCA Aragón, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; JCCA Baleares, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Baleares; JCCA Cataluña, Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Cataluña; LBRL, Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; LCSP, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; LOPD, Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; LPAC, Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; LRJPAC, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; núm., número; LRJSP, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; TJUE, Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TRLCAP, Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; TRLCSP, 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; TRLHL, Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; *vid.*, *videtur* (véase).

- 1.2. La dificultad de distinguir entre encomiendas de gestión de la LRJPAC y del TRLCSP
- 1.3. Los encargos a medios propios
- 2. Las encomiendas de gestión y los encargos a medios propios en la LRJSP**
  - 2.1. El concepto de encomienda de gestión en la nueva Ley del sector público; su formalización
  - 2.2. Los encargos a medios propios o servicios técnicos en la nueva Ley del sector público: requisitos
- 3. La regulación de los convenios en la LRJSP y en la LPAC**
  - 3.1. El concepto de convenio administrativo
  - 3.2. Clases de convenios administrativos
  - 3.3. Requisitos de validez y eficacia de los convenios administrativos
  - 3.4. El contenido de los convenios administrativos y el procedimiento para su aprobación
  - 3.5. La extinción de los convenios administrativos. Efectos de su resolución

## Resumen

El régimen jurídico de las encomiendas de gestión, los encargos de ejecución y los convenios requiere, desde antiguo, una clarificación. Los órganos de control externo han venido reclamando, de manera unánime y reiterada, una norma sustantiva que definiera pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes de estas instituciones jurídicas. La distinción entre convenio –*convenio de colaboración*– y contrato ha sido enrevesada, complicada o, cuando menos, difícil. Los órganos consultivos de contratación administrativa, en repetidas ocasiones, indagaron y profundizaron en el verdadero sentido de estas instituciones jurídicas.

Pues bien, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), siguiendo las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, según el testimonio de su propio preámbulo, viene a eliminar la confusión que reinaba en la aplicación de estas instituciones en la práctica jurídica; y ofrece un marco claro y preciso acerca del alcance de estas instituciones jurídicas, que resultan imprescindibles en la gestión administrativa.

Palabras clave: *convenio administrativo; encomienda de gestión; encargo a medio propio.*

***Entrustment of management tasks, entrustment of management tasks to the “own resources” and administrative agreements in Law 40/2015, of 1 October, of the legal framework of the Public Sector***

**Abstract**

*The legal framework of the entrustment of management tasks, entrustment of management tasks to the “own resources” and administrative agreements, requires a clarification. The external bodies of control have repeatedly and unanimously called for a substantive legislation that establishes in detail the requisites and essential elements of these legal institutions. The distinction between administrative agreements –collaborative agreements– and public contracts has always been confused, complicated or, at least, difficult. The consultative bodies in charge of public contracts have examined the real nature of these legal institutions.*

*In this context, Law 40/2015, of 1 October, on the legal framework of the Public Sector, following the recommendation of the Spanish Court of Auditors as it is stated in its preamble, ends with this confusion and offers a clear and precise framework regarding the scope of these institutions which are essential in Spanish administrative law.*

*Keywords: administrative agreement; entrustment of management tasks; entrustment of management tasks to the “own resources”.*

**1**

**Reflexiones previas sobre el origen de la confusión conceptual entre convenio, encomienda de gestión y encargo a un medio propio**

El régimen jurídico de las encomiendas de gestión, los encargos de ejecución y los convenios requiere, desde antiguo, una clarificación. En los últimos tiempos, los órganos de control externo han venido reclamando, de manera unánime y reiterada, una norma sustantiva que definiera pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes de estas instituciones jurídicas.

En el otoño de 2010, el Tribunal de Cuentas elevó una moción a las Cortes Generales, a través de su Dictamen 878, de 30 de noviembre de 2010, sobre la necesidad de establecer una adecuada definición del marco legal de los convenios de colaboración, proponiendo medidas a adoptar para una

correcta gestión de los fondos públicos. A la vista de esta moción, la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas aprobó una resolución, el 18 de diciembre de 2012<sup>1</sup>, por la que se instaba al Gobierno a promover la elaboración y aprobación de un marco jurídico sustantivo y de procedimiento, que completara y sistematizara el marco legal de los convenios de colaboración que se suscribieran, tanto entre Administraciones o entidades públicas como con administrados; se exigía la formulación de un concepto, diferenciándolo de figuras afines, y que precisara sus ámbitos subjetivo y objetivo, así como los extremos que se deberían comprender en su contenido. Todo ello de conformidad con una serie de propuestas (1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup>, 15.<sup>a</sup> y 16.<sup>a</sup>) presentadas por el Tribunal de Cuentas<sup>2</sup>.

No ha sido pacífico diferenciar los rasgos específicos de los convenios de colaboración, los encargos y las encomiendas de gestión, así como su distinción de los contratos públicos.

## 1.1

### La ausencia de concepto jurídico normativo del convenio

De entrada, no existía ningún precepto en nuestro derecho positivo que contuviese un concepto acerca de qué cosa era un convenio. Se carecía también de una definición precisa sobre este tipo de negocio bilateral en la doctrina administrativa, aunque había empeños notables, desde el punto de vista práctico, que denunciaban la utilización del convenio para encubrir otras figuras

1. Publicada en el BOE de 15 de marzo de 2013.

2. Estas propuestas eran:

1.<sup>a</sup> *Completar y sistematizar el vigente marco legal de los convenios de colaboración, tanto los suscritos entre Administraciones Públicas o entidades públicas como los que se suscriban con los administrados. Es preciso un concepto diferenciador de ambas figuras, una delimitación de los ámbitos subjetivos y objetivos y de su contenido. [...]*

2.<sup>a</sup> *Precisar la aplicación a los convenios celebrados por entidades públicas que se rigen por el derecho privado con otras Administraciones Públicas o entidades, del régimen de los convenios interadministrativos [...] o el de los convenios con los administrados [...].*

3.<sup>a</sup> *Precisar en qué medidas las relaciones entre la Administración centralizada y los organismos públicos dependientes o vinculados pueden canalizarse mediante encomiendas de gestión, [...].*

15.<sup>a</sup> *Completar y ampliar la información sobre los convenios mediante un sistema registral, a fin de dar publicidad de los que se celebren con todas las entidades públicas y con entidades sujetas al derecho privado.*

16.<sup>a</sup> *Extender a todos los convenios de colaboración la obligación de remitir al Tribunal de Cuentas información sobre los contratos celebrados por las entidades del sector público.*

jurídicas que subyacían en el fondo del negocio que realmente se pretendía, lo que, unido a la falta de una definición jurídica de convenio y de una regulación pormenorizada de esta figura, motivaba una variedad de posturas y criterios en esta parcela de la actuación administrativa<sup>3</sup>.

Y es que la distinción entre convenio –convenio de colaboración– y contrato era peliaguda, enrevesada, complicada o, cuando menos, difícil. Por ella transitaban los órganos consultivos de contratación administrativa en repetidas ocasiones, indagando y profundizando en el verdadero sentido de ambas instituciones jurídicas.

El Informe 5/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, recordaba que la doctrina iuspublicista española venía afirmando, de manera reiterada, que en el derecho español el término convenio era utilizado, frecuentemente, como un concepto meramente descriptivo, que no pretendía remitir a una precisa naturaleza jurídica de la figura a la que se refería, sino solo expresar que en la formación de dicho acto jurídico intervenían 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 estemos 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. Y, efectivamente, 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.

El enigma de la naturaleza de los convenios de colaboración había sido esclarecido por la Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005, asunto C-84/03, *Comisión vs. España*<sup>4</sup>, por la que se condenó al reino de España,

3. MOREO MARROIG, T.: “Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio”, *Auditoría Pública*, núm. 50, abril 2010.

4. Esta Sentencia tiene su origen en el recurso presentado por la Comisión en el que solicitaba la declaración de que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea, y de las directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente el ordenamiento jurídico interno a las citadas directivas, excluyendo de forma absoluta del ámbito de aplicación

por excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos los convenios que se celebraran entre Administraciones y otras entidades de derecho público. En un convenio de colaboración se articula la colaboración institucional, a fin de llevar a término una actuación que demandan los intereses u objetivos que comparten quienes lo suscriben. No existen más intereses 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.

## 1.2

### La dificultad de distinguir entre encomiendas de gestión de la LRJPAC y del TRLCSP

Tampoco se sabía, a ciencia cierta, si las encomiendas de gestión del art. 24.6 del TRLCSP eran las mismas que las reguladas en el art. 15 de la LRJPAC, o si eran figuras jurídicas distintas. Había signos que alentaban una interpretación en tal sentido, no solo por tratarse de una legislación posterior la contenida en el TRLCSP respecto a la regulación de la LRJPAC, sino, y principalmente, porque las características de las encomiendas de gestión del texto contractual no tenían mucho que ver, salvo el *nomen iuris*, con las que regulaba la LRJPAC<sup>5</sup>. A título de ejemplo, se apuntaba que el trabajo del encomendado se retribuía a través de tarifas previamente fijadas, los estatutos o las normas de constitución del encomendado debían reconocer su condición de medio propio y servicio técnico del encomendante, o que estos encargos no necesariamente se habían de realizar entre Administraciones Públicas<sup>6</sup>.

Efectivamente, la técnica administrativa de las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual no podía confundirse con la figura de la encomienda de gestión relativa a las actividades o actuaciones que, por su contenido, eran ajenas a la legislación de contratación pública y no guardaban relación con ella (reguladas en el artículo 15 LRJPAC).

---

del TRLCAP —en el art. 3, apartado 1, letra c)— los convenios de colaboración que celebraran las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas, y por tanto también los convenios que constituyeran contratos públicos a efectos de dichas directivas.

5. Informe 1/2010, de 21 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de las Islas Baleares.

6. PINTOS SANTIAGO, J.: “Convenios, encomiendas de gestión o contratos públicos”, *Contratación Administrativa Práctica*, 19 de marzo de 2014.

La clara diferenciación entre ambas figuras se puso de manifiesto en la Circular 6/2009 de la Abogacía del Estado<sup>7</sup>. En ella se indicaba, por lo que respecta al ámbito objetivo, que, al tiempo de la promulgación del artículo 15 de la LRJPAC, este precepto comprendía tanto actuaciones o actividades ajenas a la legislación de contratación pública como también actuaciones o actividades propias de dicha legislación, es decir, actuaciones o actividades constitutivas de las prestaciones propias de los contratos de obras, suministros y servicios, por lo que las encomiendas de gestión podían tener por objeto las prestaciones propias de estos contratos.

Ambas figuras se diferenciaban, a tenor del criterio de la Abogacía del Estado, por razón de sus respectivos ámbitos. La encomienda de gestión regulada por el artículo 15 de la LRJPAC queda circunscrita a aquellas actividades o actuaciones que, por su contenido, son ajenas a la legislación de contratación pública y no guardan relación con ella; y la figura de la encomienda de gestión regulada por los artículos 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP queda limitada a aquellas actuaciones consistentes en la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministros y servicios a cambio de una contraprestación económica, lo cual, para la Abogacía del Estado, tiene como consecuencia la inaplicación de los requisitos formales que establece el artículo 15 de la LRJPAC, particularmente, la necesidad de que el acuerdo de encomienda de gestión tenga que ser publicado<sup>8</sup>.

La innecesariedad de publicidad de las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual, ha sido una de las cuestiones más polémicas y críticas de este instrumento jurídico, tan frecuentemente utilizado por

7. Circular 6/2009 “Asunto: Relación entre el artículo 15 de la LRJ-PAC y artículo 24.6 de la LCSP”, que recoge el Informe emitido por la Abogacía General del Estado de fecha 26 de noviembre de 2008.

8. La Circular consideraba que “como consecuencia lógica de la separación entre la encomienda de gestión del artículo 15 de la LRJ-PAC y la encomienda de gestión a que se refieren los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP, ha de entenderse que, de tratarse de la realización de una actividad o actuación de contenido materialmente contractual y, por tanto, de tratarse de una encomienda de gestión de los artículos 4.1.n) y 24.6 de la LCSP, no han de aplicarse los requisitos formales que establece el artículo 15 de la LRJ-PAC, como es, particularmente, la necesidad de que el acuerdo de encomienda de gestión tenga que ser publicado, como requisito al que se supedita su eficacia, en el diario oficial correspondiente (artículo 15, apartado 3, párrafo primero, de la LRJ-PAC). En efecto, regulándose las encomiendas de gestión que tengan por objeto la realización de una prestación propia del contrato de obras, de suministro o del contrato de servicios, es decir, las de contenido materialmente contractual por la LCSP —artículos 4.1.n) y 24.6— y no por el artículo 15 de la LRJ-PAC, para nada se exige en los dos preceptos primeramente citados la publicación de la encomienda de gestión en el diario oficial que corresponda; bastará que el acuerdo adoptado por la entidad encomendante se comunique o notifique a la entidad encomendaria de forma que esta tenga constancia de su recepción (*cf.*: artículo 59.1 de la LRJ-PAC)”.



los poderes adjudicadores<sup>9</sup>. De ahí que el artículo 8 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (Ley 19/2013) determine la obligación de publicar las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, duración, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.

Además, como se ha puesto de relieve<sup>10</sup>, mientras que en las encomiendas interadministrativas de la LRJPAC se firma un convenio, es decir, un acuerdo bilateral y libre de voluntades, los encargos del TRLCSP son un mandato obligatorio a causa de la inexistencia de voluntad propia y autónoma de quien recibe el encargo respecto de quien lo hace, lo que los acerca a un negocio jurídico unilateral, que parece del todo incompatible con la naturaleza del encargo o encomienda “administrativa” del artículo 15 de la LRJPAC. Esto permite llegar a la conclusión de que las encomiendas de gestión interadministrativas y los encargos de gestión del TRLCSP son figuras diferentes.

### 1.3

#### Los encargos a medios propios

En realidad las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual no son tales encomiendas, sino *encargos a medios propios*, que traen causa de la célebre STJUE de 18 de noviembre de 1999, C-107/1998, *Teckal*<sup>11</sup>. Encargos que no están sujetos a la aplicación de las normas de contrata-

9. La Comisión Nacional de la Competencia, en su Informe de 2013: “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia”, se hacía eco de estas deficiencias en relación con la información pública.

10. ESPINAR MAAT, F.: “Las encomiendas de gestión: regulación, características, distinción de otras figuras y régimen jurídico”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 141, enero 2016.

11. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado un sostenido cuerpo de doctrina en torno a la aplicación de los supuestos de encomienda a un ente que tiene la condición de medio propio de la Administración. Esa doctrina, que arranca de la Sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/1998, *Teckal* (que da nombre a las denominadas condiciones *Teckal*), se contiene además en las SSTJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/2003, *Parking Brixen*; 6 de abril de 2006, asunto C-410/2004, *ANAV*; 11 de enero de 2005, asunto C-84/2003, *Stadt Halle y RPL Lochau*; 13 de enero de 2005, asunto C-84/2003, *Comisión contra España*; 10 de noviembre de 2005, asunto C-29/2004, *Comisión contra Austria*; 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *Tragsa*; 18 de enero de 2007, asunto C-220/05, *Roane*; 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel*; 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, *Comisión contra Alemania*; 29 de noviembre de 2012, asuntos



ción pública, siempre que se cumplan los requisitos que establece la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Los contratos públicos adjudicados a personas jurídicas controladas –afirma el considerando trigésimo segundo de la DCP– no deben estar sometidos a la aplicación de los procedimientos previstos en dicha Directiva si el poder adjudicador ejerce, sobre la persona jurídica de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, siempre que la persona jurídica controlada dedique más del 80% de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla, o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato.

Más compleja sería la diferenciación entre *medios propios* y *servicios técnicos*, que arranca de la Sentencia del TJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05, *TRAGSA*, en la que el Tribunal europeo –al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo español en relación con la atribución *ex lege* a TRAGSA de un régimen jurídico que le permitía realizar obras públicas sin sometimiento al régimen general de contratación administrativa mediante concurso– admitió una suerte de diferenciación entre *medio propio* y *servicio técnico*, que parece consolidarse en el considerando trigésimo cuarto de la DCP, cuando afirma que se dan casos en los que una entidad jurídica actúa, con arreglo a las disposiciones pertinentes del derecho nacional, como un instrumento o servicio técnico para determinados poderes adjudicadores, y está obligada a cumplir las instrucciones recibidas de estos poderes adjudicadores, sin ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución. Dado su carácter no contractual, esta relación meramente administrativa debe quedar fuera del ámbito de aplicación de los procedimientos de contratación pública<sup>12</sup>.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, sobre Régimen Jurídico del Sector Público, incorpora en su art. 86 la regulación de los medios propios<sup>13</sup>. Y se acaba así con la confusión entre encomienda de gestión y medio propio.

---

acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord*; y la más reciente, 19 de junio de 2014, asunto C-574/12, *Such*.

12. GALLEGO CÓRCOLES, I.: “Los encargos a medios propios y a servicios técnicos en la jurisprudencia del TJUE”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 140, diciembre 2015.

13. En el preámbulo de la Ley se afirma que: “Se incorpora al contenido de la Ley la regulación de los medios propios y servicios técnicos de la Administración, de acuerdo con lo que en la actualidad se establece en la normativa de contratos del sector público. Como novedad, la creación de un medio propio o su declaración como tal deberá ir precedida de una justificación, por medio de una memoria de la intervención general, de que la entidad

## 2

## Las encomiendas de gestión y los encargos a medios propios en la LRJSP

El Tribunal de Cuentas había reconocido, recientemente<sup>14</sup>, la grave confusión que existe entre los operadores jurídicos, en relación con las encomiendas –o encargos– a medios propios, actualmente contempladas en los arts. 4.1.n) y 24.6 del TRLCSP, y las encomiendas de gestión reguladas en el art. 15 de la LRJPAC. Hasta tal punto que, a juicio del alto órgano fiscalizador, debería procederse a regular la figura de las encomiendas o los encargos a medios propios, mediante una norma sustantiva con rango de ley que defina pormenorizadamente los requisitos y aspectos determinantes del recurso a esta figura, su régimen económico con fijación de criterios homogéneos para el establecimiento de las tarifas, así como los procedimientos aplicables para su tramitación y para su adecuado seguimiento y control. Y debería procederse al cambio de su denominación legal (*nomen iuris*) para evitar posibles confusiones con las encomiendas de gestión reguladas en el art. 15 de la LRJPAC.

En este sentido –reconoce el Tribunal de Cuentas–, la encomienda de gestión a medios propios es una figura que facilita la actividad de los órganos y las entidades del sector público, permitiendo una flexibilidad procedimental imposible de obtener mediante otras técnicas de gestión, y facultando su actuación al margen de las garantías que ofrece el TRLCSP y del principio de libre concurrencia al que está sujeta la contratación pública.

Sin embargo, el carácter de excepcionalidad que, en principio, se predica de las encomiendas de este tipo, exige una clara motivación que rara vez se advertía en los expedientes administrativos en que se materializaban las mismas. En el curso de los trabajos de fiscalización observó el Tribunal de Cuentas que, con carácter general, en los expedientes figuran documentos que solo formalmente cubren esta exigencia.

---

resulta sostenible y eficaz, de acuerdo con los criterios de rentabilidad económica, y que resulta una opción más eficiente que la contratación pública para disponer del servicio o suministro cuya provisión le corresponda, o que concurren otras razones excepcionales que justifican su existencia, como la seguridad pública o la urgencia en la necesidad del servicio. Asimismo, estas entidades deberán estar identificadas a través de un acrónimo ‘MP’, para mayor seguridad jurídica. Estos requisitos se aplicarán tanto a los medios propios que se creen en el futuro como a los ya existentes, estableciéndose un plazo de seis meses para su adaptación”.

14. Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1088, de 30 de abril de 2015: *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.*

En concreto, la justificación del recurso a la encomienda se basa principalmente en la falta de medios para el desarrollo de las actividades encargadas, en la celeridad en su formalización y flexibilidad en su ejecución, en la incapacidad del mercado para prestar los servicios requeridos, o en la mera idoneidad de que los trabajos fueran ejecutados por la entidad encomendaria por su experiencia o especialización. Pero esta justificación, con carácter general, suele consistir en el mero enunciado formal, puramente declarativo, de circunstancias o situaciones que en los expedientes no han quedado suficientemente acreditadas, al no estar documentadas mediante los correspondientes informes o estudios. Tampoco suelen concretarse las ventajas del recurso a la encomienda frente al contrato, ni se valoran otros aspectos fundamentales como los relacionados con los costes de una alternativa frente a la otra. En este contexto –concluía el Tribunal de Cuentas–, de no recurrir a las encomiendas a medios propios más que en los casos estrictamente necesarios y una vez contrastada su mayor idoneidad, y de no abordar con rigor el cumplimiento de la exigencia de motivarlas fundada y adecuadamente, los órganos encomendantes corren el riesgo de incurrir en la infrautilización de sus propios medios materiales y personales, en la pérdida del control directo de la actividad que se encomienda y en la descapitalización de sus recursos técnicos propios.

Pues bien, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), siguiendo las recomendaciones del Tribunal de Cuentas, según el testimonio de su propio preámbulo, viene a eliminar la confusión que reinaba en la aplicación de estas instituciones en la práctica jurídica.

## 2.1

### **El concepto de encomienda de gestión en la nueva Ley del sector público; su formalización**

El artículo 11 LRJSP, ubicado en la Sección 2.<sup>a</sup> (“Competencia”) del Capítulo II (“De los órganos de las Administraciones Públicas”) del Título Preliminar (“Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”), aborda la regulación de las encomiendas de gestión, definiendo las mismas en un sentido positivo, cuando dispone que “La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de derecho público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por

razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”; y en un sentido negativo, al establecer que “Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en esta”, y se articularán a través de los encargos a los medios propios y servicios técnicos que se regulan en el artículo 86 del mismo texto legal. Ello es así porque las denominadas encomiendas de gestión a medios propios y servicios técnicos de las Administraciones Públicas constituyen un instrumento de aprovisionamiento de obras, bienes y servicios de las Administraciones y entidades públicas, que se encuentra previsto normativamente en la legislación de contratos del sector público, a partir del impulso jurisprudencial del TJUE.

De esta forma, la LRJSP termina con la confusión existente en cuanto a que las encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual no podían confundirse con las relativas a las actividades o actuaciones que, por su contenido, eran ajenas a la legislación de contratación pública y no guardaban relación con ella (reguladas en el artículo 15 LRJPAC).

La confusión arranca de la aprobación del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, por el que se modificaba el TRLCAP del año 2000. Este Real Decreto-ley, a la hora de incorporar a nuestro ordenamiento el régimen jurídico de los encargos de tareas contractuales a entidades instrumentales de la Administración derivado de la jurisprudencia del TJUE, empleó la expresión “encomienda de gestión”, terminología que ya se utilizaba para denominar una institución jurídico-administrativa determinada.

Como puso de manifiesto la doctrina<sup>15</sup>, la encomienda de gestión del artículo 15 LRJPAC y los negocios jurídicos contractuales con personas jurídico-privadas responden a un mismo supraconcepto, y pueden tener elementos comunes, pero son dos figuras distintas, con presupuestos y requisitos diferenciados. En primer lugar, por el carácter excepcional que justifica la utilización de la encomienda de gestión –limitándose solamente a los supuestos de carencia de medios materiales o de falta de eficacia en la gestión– frente a los encargos a medios propios, que son supuestos ordinarios

---

15. VILALTA REIXACH, M.: “El ámbito subjetivo de aplicación de la encomienda de gestión. Su concreción en la Ley catalana 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento de las Administraciones Públicas de Cataluña”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 28, febrero de 2012.

BERNAL BLAY, M. Á.: “Las encomiendas de gestión excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas. Una propuesta de interpretación del artículo 3.1. letra 1) del TRLCAP”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 129, enero-mayo 2006.

de contratación (autocontratación); en segundo lugar, por la limitación de la encomienda de gestión únicamente a la realización de actividades de carácter meramente material, y la exigencia de determinados requisitos de forma para la conclusión de la relación de encomienda, que vienen a ser límites subjetivos, objetivos y formales no contemplados para los encargos que se realicen de acuerdo con el TRLCSP.

La encomienda de gestión es una técnica de auxilio que no trasciende en sus efectos al plano jurídico. No supone cesión de titularidad ni de competencia<sup>16</sup>, ni de los elementos sustantivos de su ejercicio.

En realidad, la definición positiva de la encomienda de gestión mantiene el mismo carácter básico que el vigente artículo 15.1 LRJPAC, en el que se prevé que “La realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos administrativos o de las entidades de derecho público podrá ser encomendada a otros órganos o entidades de la misma o de distinta Administración, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”. De este modo, y así lo entiende nuestra doctrina, la encomienda de gestión se presenta como un mecanismo racionalizador de la organización administrativa, que permitiría hacer compatible la irrenunciabilidad de las competencias, que tienen atribuidas como propias las diferentes entidades públicas, con la carencia de los medios materiales para su ejercicio o para conseguir una mayor eficacia en su gestión.

La LRJSP mantiene las características de la encomienda de gestión de la regulación anterior. Se trata de una relación jurídica entre dos partes, de carácter bilateral, que puede darse entre órganos de la misma o distinta entidad, de manera que no necesariamente deben ser dos personas jurídico-públicas distintas.

La LRJSP mantiene también las notas características de la institución en la LRJPAC, en cuanto que la encomienda de gestión no supone cesión de la titularidad de la competencia ni de los elementos sustantivos de su ejercicio, siendo responsabilidad del órgano o entidad encomendante dictar cuantos actos o resoluciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la concreta actividad material objeto de encomienda.

Y como novedad, el artículo 11.2 LRJSP contempla un nuevo párrafo, según el cual 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

---

16. STSJ País Vasco de 24 de julio de 2001 y STSJ de Andalucía de 22 de abril de 2002.

aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal.

La figura del encargado del tratamiento se contempla en el artículo 3.g) de la LOPD, que la define como la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento. Dicha definición se reitera en términos generales en el artículo 5 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la citada Ley Orgánica, definiendo en su apartado i) al encargado del tratamiento como “La persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio. Podrán ser también encargados del tratamiento los entes sin personalidad jurídica que actúen en el tráfico como sujetos diferenciados”.

Al parecer se habían producido en la práctica interpretaciones encontradas en esta materia, que negaban al órgano encomendado la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal, toda vez que no se cedía la titularidad de la competencia, ni siquiera su ejercicio; y la LRJSP aclara la cuestión, siguiendo el criterio de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2002, según la cual existe encargo de tratamiento cuando la transmisión o cesión de los datos está amparada en la prestación de un servicio que el responsable del tratamiento recibe de una empresa externa o ajena a su propia organización, y que le ayuda en el cumplimiento de la finalidad del tratamiento de datos consentida por el afectado.

En cuanto a la formalización de las encomiendas de gestión, la LRJSP mantiene las mismas reglas:

- a) Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración, deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o entidades de derecho público intervinientes. En todo caso, el instrumento de formalización de la encomienda de gestión y su resolución deberán ser publicados, para su eficacia, en el Boletín Oficial del Estado, en el Boletín oficial de la comunidad autónoma o en el de la provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante. 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.

- b) Cuando la encomienda de gestión se realice entre órganos y entidades de derecho público de distintas Administraciones, se formalizará mediante firma del correspondiente convenio entre ellas, que deberá ser publicado en el “Boletín Oficial del Estado”, en el boletín oficial de la comunidad autónoma o en el de la provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante, salvo en el supuesto de la gestión ordinaria de los servicios de las comunidades autónomas por las diputaciones provinciales o, en su caso, cabildos o consejos insulares, que se registrará por la legislación de régimen local.

En cualquier caso, la encomienda de gestión sigue siendo una institución con unos contornos normativos escasamente definidos, que dificultan al operador jurídico la tarea de delimitar con facilidad su régimen jurídico.

## 2.2

### Los encargos a medios propios o servicios técnicos en la nueva Ley del sector público: requisitos

El Tribunal de Cuentas, en las recomendaciones finales del Informe anteriormente citado<sup>17</sup> (en este caso la tercera de las recomendaciones), ponía de relieve que la justificación del recurso al empleo de la encomienda (encargo a medio propio) debía estar siempre sustentada en informes o estudios que acreditaran, por un lado, la existencia de las necesidades a satisfacer, y la carencia de medios técnicos idóneos para afrontarlas directamente por los órganos o unidades administrativas encomendantes, y, por otro, la mayor idoneidad del empleo de la encomienda (encargo a medio propio) frente a otras formas posibles de suplir las necesidades a cubrir (procedimiento de licitación pública, convenios de colaboración, convocatoria de subvenciones, etc.). En todo caso, debía acreditarse y documentarse, con los informes oportunos, que la opción de la encomienda (encargo a medio propio) fuera la más idónea por razones de economía o de eficiencia.

La necesidad de llevar a cabo esta regulación viene de mucho antes. El Informe de la Comisión Nacional de la Competencia sobre los medios pro-

17. Informe del Tribunal de Cuentas núm. 1088, de 30 de abril de 2015. En el mismo sentido el Informe de fiscalización de los encargos o encomiendas contractuales a medios propios formalizados por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón en el ejercicio 2013, de la Cámara de Cuentas de Aragón.



pios y las encomiendas de gestión, ya citado, en relación con implicaciones de la encomienda de gestión desde la óptica de la promoción de la competencia, referido a los años 2007-2012, y el Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas de 28 de noviembre, sobre la utilización de la encomienda de gestión regulada en el TRLCSP, referido a los ejercicios 2008-2012, apuntaban en esa dirección. Y, como advertían cualificados expertos en contratación pública, se estaba configurando una especie de “código penal de las encomiendas”, pues en él se tipificaban conductas que debían evitarse, bien mediante decisiones del órgano de contratación o bien mediante una regulación específica, concreta y restrictiva<sup>18</sup>.

La LRJSP, siguiendo la senda marcada por el Tribunal de Cuentas, afronta esta regulación específica, concreta y restrictiva, en el Capítulo II (“Organización y funcionamiento del sector público institucional estatal”) del Título II (“Organización y funcionamiento del sector público institucional”).

En primer lugar, y después de reconocer que las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores, y del resto de entes y sociedades que no tengan la consideración de poder adjudicador –cuando cumplan las condiciones y requisitos establecidos en el TRLCSP<sup>19</sup>, se aborda el concepto de medio propio.

18. MOREO MARROIG, T.: “¿El código penal de las encomiendas?”, en <http://fiscalizacion.es/2013/12/21/teresa-moreo/> [Última entrada, 15 de febrero de 2016].

19. Circular 4/2015, de 20 de mayo, de la Intervención General de la Administración General del Estado, sobre diversos aspectos relacionados con las encomiendas de gestión reguladas en los artículos 4.1.n) y 24.6 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

El artículo 4.1.n) del TRLCSP excluye del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos los siguientes negocios jurídicos: “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 servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190”.

El artículo 24.6 del TRLCSP hace algunas precisiones en cuanto al régimen jurídico y dispone que:

*A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pue-*

El artículo 86.2 establece:

*Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:*

- a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.*
- b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.*

*Formará parte del control de eficacia de los medios propios y servicios técnicos la comprobación de la concurrencia de los mencionados requisitos.*

*En la denominación de las entidades integrantes del sector público institucional que tengan la condición de medio propio deberá figurar necesariamente la indicación “Medio Propio” o su abreviatura “M.P.”.*

Este precepto añade, además, que a la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior, y que deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado que vaya a declarar el medio propio y servicio técnico.

El contenido y carácter del informe del interventor, aun cuando no es de aplicación este precepto al ámbito local, no es pacífico, al menos en una primera interpretación.

---

*den ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.*

*En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.*

*La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.*

En principio es la memoria justificativa la que debe acreditar el cumplimiento de las siguientes circunstancias:

- 1.<sup>a</sup> La disposición de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social. La posibilidad de que las entidades consideradas medios propios no dispusieran de los medios suficientes para ejecutar los encargos por sí mismas y, por tanto, debieran trasladar la ejecución del encargo a un tercero, fue ampliamente debatida<sup>20</sup>. La JCCA, en su Informe 65/2007, de 29 de enero de 2009, sobre si una determinada sociedad municipal se podía considerar medio propio del ayuntamiento, entendió que había que añadir un último requisito a los del artículo 24.6 de la LCSP, y este era: la idoneidad para ejecutar la encomienda de gestión. Y en tal sentido, el medio propio debe disponer de personal y medios materiales y técnicos para ejecutar la encomienda. Este es el criterio que recoge la LRJSP.
- 2.<sup>a</sup> El objeto social. Es decir, que el objeto del encargo esté incluido en el objeto social del ente instrumental. El objeto social es la expresión de la actividad o actividades a las que se dedica el ente instrumental. Este requisito es una consecuencia de la concordancia que debe existir entre el objeto del contrato y el objeto social de la empresa. Son numerosos los informes de los órganos consultivos y de los tribunales administrativos de contratos en esta materia<sup>21</sup>.
- 3.<sup>a</sup> El cumplimiento de alguna de las dos circunstancias que establece el citado artículo, es decir, eficiencia, eficacia y sostenibilidad, con criterios económicos, o bien razones de seguridad pública o urgencia. El problema que se plantea viene al valorar la eficiencia con criterios de rentabilidad económica (esto es, medida en dinero, aunque no necesariamente tiene por qué ser únicamente el coste, se pueden valorar también aspectos como tiempo, impacto de la medida...) si previamente no se ha licitado esa prestación y no tenemos antecedentes, dependiendo de la información y validez de la misma que haya disponible o publicada.

En cuanto al informe del interventor, habrá que recordar que en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se entiende por sostenibilidad finan-

20. Informe de la Intervención General de la Administración del Estado, de 5 de junio de 2006, referido al artículo 3.1 l del TRLCAP, y la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía en el Informe 2/2008.

21. Informe 8/2005, de 4 de octubre, JCCA *Cataluña*; Informe 11/08, de 30 de abril de 2009, JCCA *Baleares*; Informe 2/2013, de 23 de enero, JCCA *Aragón*; y resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 148/2011, de 25 de mayo, y 208/2013, de 5 de junio.

ciera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el pronunciamiento de la Intervención viene precedido de una memoria justificativa, que incluirá los informes sobre el coste del servicio y el apoyo técnico recibido, que, dice la Ley, deberán ser publicitados, y por lo tanto explicitados. El informe del interventor es un informe preceptivo, que no vinculante, de legalidad y no de oportunidad<sup>22</sup>, que valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas a la vista de la memoria y considerando toda la información económico-financiera disponible: presupuesto en vigor, planes presupuestarios a medio plazo, magnitudes de la última liquidación, cumplimiento de estabilidad presupuestaria, de regla de gasto, nivel de deuda, existencia de planes económico-financieros, de saneamiento o de ajuste en vigor, etc. En todo caso, este informe no se deriva de la función interventora, de manera que no puede concluir en reparo, sin perjuicio del sentido del informe que también emita la Intervención sobre el mismo procedimiento (expediente) en funciones de fiscalización.

Y para poner algo de orden y control, el artículo 82 LRJSP crea el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local, que se configura como un registro público administrativo que garantiza la información pública y la ordenación de todas las entidades integrantes del sector público institucional, cualquiera que sea su naturaleza jurídica<sup>23</sup>. La integra-

22. Sentencia 143/2013, de 11 de julio de 2013 [recurso de inconstitucionalidad 1598-2004. Interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña en relación con diversos preceptos de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en la redacción dada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local. Competencias sobre régimen local; autonomía local: constitucionalidad de los preceptos legales estatales relativos a las potestades públicas de los entes locales, las formas de gestión de los servicios públicos locales y el régimen de participación ciudadana, así como a la organización y gestión económico-financiera de los municipios de gran población], en la que, como conocéis, el Tribunal Constitucional rechazó la alegación de la abogada de la Generalitat de Cataluña, que consideraba que las funciones encomendadas por los preceptos impugnados a funcionarios de habilitación nacional sobrepasaban las reservadas por el art. 92.2 LBRL a dichos funcionarios e invadían los puestos de plantilla de los funcionarios locales, vulnerando la autonomía municipal; por ejemplo, el control de eficacia atribuido en el art. 136 LBRL a la Intervención general municipal implicaba, a juicio de la recurrente, una valoración de la gestión y de la función ejecutiva llevadas a cabo por los órganos de gobierno del ayuntamiento, que solo pueden ser enjuiciadas en relación con los objetivos políticos determinados por dichos órganos. Es decir, que se trataba de un control de oportunidad. El Tribunal Constitucional lo rechazó, por considerar que era un control de legalidad.

23. Se sigue la senda del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las entidades locales; que creó, a partir de la información contenida en la Base de Datos General de Entidades Locales (regulada en el artículo 27 de

ción y gestión de dicho Inventario y su publicación dependerán de la Intervención General de la Administración del Estado, y la captación y el tratamiento de la información enviada por las comunidades autónomas y las entidades locales, para la formación y el mantenimiento del Inventario, dependerán de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local. El Inventario de Entidades del Sector Público contendrá, al menos, información actualizada sobre la naturaleza jurídica, la finalidad, las fuentes de financiación, la estructura de dominio, en su caso, la condición de medio propio, los regímenes de contabilidad, presupuestario y de control, así como la clasificación en términos de contabilidad nacional, de cada una de las entidades integrantes del sector público institucional.

### 3

#### La regulación de los convenios en la LRJSP y en la LPAC

En la práctica administrativa han sido –y todavía son– frecuentes los convenios de colaboración. Su tipología es muy variada, pero a menudo se han utilizado como una vía cómoda para lograr determinados fines radicalmente distintos de lo que debía ser su espíritu y finalidad. Así, los convenios se utilizaban para conceder subvenciones, obtener la prestación de servicios a cambio de una contraprestación económica, e incluso, en ocasiones, se ha pretendido utilizar la vía convencional para adquirir bienes. El abuso que durante años se ha venido realizando de esta figura deriva de su escasa regulación legal, y de la falta de controles eficaces en su aplicación<sup>24</sup>.

La LRJSP, al final del Título Preliminar, regula los convenios administrativos, en la línea prevista en el Dictamen 878 del Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre de 2010, que recomendaba sistematizar su marco legal y tipología, establecer los requisitos para su validez, e imponer la obligación de remitirlos al propio Tribunal. De este modo, y así se afirma en el preámbulo de la Ley, se desarrolla un régimen completo de los convenios, que fija su contenido mínimo, clases, duración y extinción, y asegura su control por

---

este mismo Reglamento), el Inventario de Entes del Sector Público Local. Y por la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, por la que se desarrollan las obligaciones de suministro de información previstas en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, se establece el Inventario de Entes Dependientes de las Comunidades Autónomas.

24. YÁÑEZ DÍAZ, C.: “De los convenios de colaboración a los acuerdos de cooperación. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como corrector de abusos y creador de soluciones en la contratación pública”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 133, septiembre-octubre 2014.

el Tribunal de Cuentas. La regulación se lleva a cabo en el Capítulo VI (“De los convenios”) del Título Preliminar.

### 3.1

#### El concepto de convenio administrativo

El régimen jurídico de los convenios administrativos ha sido un territorio inhóspito para cualquier operador jurídico. El convenio administrativo es una figura a la que se ha recurrido de forma reiterada, abusiva e inapropiada en muchas ocasiones. Entre otras razones, ya lo hemos indicado, por la inexistencia de un concepto normativo de esta figura jurídica.

La LRJSP en su artículo 47.1 define los convenios como: “los 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”. Ese mismo artículo contiene también una definición en negativo, al decir que: “No tienen la consideración de convenios, 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”.

El convenio es, pues, un acuerdo con efectos jurídicos, lo que significa que su naturaleza es la de un negocio jurídico bilateral, al igual que el contrato. El negocio bilateral resulta de declaraciones simultáneas de dos o más voluntades, generándose obligaciones, por lo menos, respecto de una de ellas. En el negocio bilateral, las voluntades se cruzan, a diferencia del acto colectivo en que las voluntades se suman. No es el número de partes que intervienen en el negocio lo que lo califica de bilateral, sino la simultaneidad de las declaraciones de voluntad. La voluntad no es solo constitutiva del negocio, sino reguladora de sus efectos, conforme a la teoría clásica del negocio jurídico.

Distingue la Ley, y hace bien, el convenio de los “Protocolos Generales de Actuación” o instrumentos similares. Los protocolos vienen a ser precontratos. En el mundo del derecho privado es larga la tradición dogmática que diferencia los contratos de los precontratos. La teoría tradicional del precontrato lo considera como un contrato cuyo objeto es la celebración de un futuro contrato, que por el momento no se quiere o no se puede celebrar. En consecuencia no hay acción tendente al cumplimiento coactivo, puesto que



se precisa de un ulterior consentimiento. El convenio, como el contrato, es exigible, pues incluye una prestación, un compromiso o una obligación debida.

Excluye la Ley, y también hace bien, la posibilidad de que los convenios tengan por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustarán a lo previsto en la legislación de contratos del sector público. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya había tenido ocasión de pronunciarse en el mismo sentido. La STS de 18 de febrero de 2004 interpreta restrictivamente el concepto de convenio de colaboración con los particulares, con el fin de evitar que la aplicación abusiva de esta figura pueda determinar una lesión de los principios de libre publicidad y concurrencia en la contratación de las Administraciones Públicas, de especial relevancia en la jurisprudencia comunitaria; y declara nulo un convenio establecido con una asociación de ganaderos, encaminado a la creación de una Unidad de Sanidad Porcina en Lérida, cuya actividad y finalidades pertenecen claramente al ámbito del sector público relacionado con la sanidad animal<sup>25</sup>.

Finalmente, a tenor del artículo 48.9 LRJSP, tampoco se aplican las normas de los convenios a la terminación convencional del procedimiento administrativo común, ni a las encomiendas de gestión.

El artículo 86 LPAC, al regular la terminación convencional del procedimiento administrativo común, establece que las Administraciones Públicas

---

25. “[...] a través de un denominado convenio de colaboración, concertado de modo directo y sin previo expediente que posibilite la concurrencia de otros posibles interesados que reúnan las condiciones de una oferta pública que no se ha formulado, el Departamento de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalidad de Cataluña ha concertado con una entidad privada, constituida casi de modo simultáneo y para la consecución de unos fines que se solapan con los que va a perseguir la unión resultante de ese convenio, la prestación conjunta de un servicio de interés público que se considera de vital importancia para la provincia de Lérida, que supone importantes prestaciones materiales y pecuniarias y el otorgamiento a esa entidad privada de la facultad de proyectar y promover planes voluntarios y obligatorios de erradicación de enfermedades, realización de controles sistemáticos sanitarios en granjas y establecimientos porcinos, emisión de informes técnicos y certificados sanitarios, o cualesquiera otras actividades que le sean encomendadas por el Departamento correspondiente; y también la utilización del laboratorio oficial de Sanidad Ganadera y disposición conjunta del personal oficial adscrito, con la consiguiente facturación de los servicios, a cambio de una aportación pecuniaria que implica el sufragio de los gastos que ocasionen las actuaciones derivadas del convenio suscrito. No cabiendo dudar que el objeto del concierto pactado se halla directamente vinculado a la actividad específica de la Administración Pública contratante y satisface de manera directa una finalidad pública de la propia competencia de esta, ha de concluirse igualmente que se encuentra incluido en el apartado b) del artículo 5.º de la Ley de Contratos del Estado y que no puede equipararse a los convenios de colaboración con particulares a que se refiere el apartado d) del artículo 3.º de la misma Ley, a los efectos de dispensa de someterse a los principios establecidos en su artículo 11” (FJ 6.º).



podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin. Estos instrumentos deben establecer, como contenido mínimo, la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no, según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados. Pues bien, a estos acuerdos, pactos, convenios o contratos, no les es de aplicación la regulación de la LRJSP.

En resumen, la LRJSP separa y diferencia con claridad los convenios administrativos, de los protocolos generales de actuación, contratos, instrumentos de terminación convencional del procedimiento administrativo común, y encomiendas de gestión.

### 3.2

#### Clases de convenios administrativos

Son tres las modalidades de convenios administrativos que contempla el artículo 47.2 LRJSP. Los convenios que suscriban las Administraciones Públicas, los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, deberán corresponder a alguno de los siguientes tipos:

1. Convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones Públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas.

La jurisprudencia constitucional ha destacado en varias ocasiones la existencia del principio de cooperación, subyacente en la estructura del Estado de las autonomías, que implica, en cierta forma, una técnica de reconducción a la unidad de todas las Administraciones Públicas. Existen diversas Administraciones Públicas —estatal, autonómicas y locales—, pero todas ellas forman parte de un mismo sistema administrativo. Cada Adminis-

tración en concreto (no ya cada esfera administrativa o tipo de Administración Pública) constituye, en este sistema administrativo, un elemento o un subsistema, cuya actuación puede afectar a todo el conjunto. De aquí que todas las piezas del sistema administrativo, como aparato servicial del Estado-comunidad, deban guardar entre sí una estrecha conexión que se expresa, en su sentido más amplio, en el deber de lealtad institucional de cada una de ellas respecto a las demás<sup>26</sup>. Los convenios interadministrativos son, por tanto, una manifestación genuina de la potestad organizativa externa de las Administraciones Públicas, en la medida en que buscan fuera de su campo de influencia una colaboración de otra u otras Administraciones Públicas para el ejercicio de competencias compartidas, concurrentes, indistintas o paralelas, o, al menos, un medio para la satisfacción de intereses mutuos, aunque la competencia corresponda en exclusiva a una de las Administraciones intervinientes<sup>27</sup>.

2. Convenios intradministrativos firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública.
3. Convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de derecho privado.

Quedan excluidos los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más comunidades autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se regirán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos estatutos de autonomía. Y los 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.

### 3.3

#### Requisitos de validez y eficacia de los convenios administrativos

Son muchos los extremos que presenta el régimen jurídico de los convenios, basta pensar en temas tales como eficacia, nulidad, modificación o extinción

26. LLISSET CANELLES, A.: “Incidencia de la figura de los convenios de cooperación interadministrativa en la teoría de las formas de gestión de los servicios públicos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 11, junio 1997.

27. LLISSET BORRELL, F.: “Los convenios interadministrativos de los entes locales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 67, 1990.

de los mismos, o bien en las posibilidades de control en sede judicial de las actuaciones y los compromisos asumidos a través de esta técnica de colaboración.

El artículo 48 LRJSP regula los requisitos de validez y eficacia de los convenios, aunque este precepto no agota la regulación de todos los requisitos de validez y eficacia de los mismos.

a) Competencia para la celebración del convenio.

La Ley, después de reconocer a las Administraciones Públicas, sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, la potestad para suscribir convenios con sujetos de derecho público y privado, sin que ello pueda suponer cesión de la titularidad de la competencia, regula el órgano competente para suscribir el convenio.

En el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, podrán celebrar convenios los titulares de los departamentos ministeriales y los presidentes o directores de dichas entidades y organismos públicos.

En el ámbito de la Administración local, corresponderá al alcalde suscribir los convenios en ejercicio de sus competencias de dirección y representación del ayuntamiento.

La LBRL atribuye al pleno del ayuntamiento la aprobación de los convenios de fusión de municipios –el convenio de fusión deberá ser aprobado por mayoría simple de cada uno de los plenos de los municipios fusionados, artículo 13.6 LBRL–. La adopción de los acuerdos previstos en el artículo 47.2 LBRL, siempre que traigan causa de una fusión, será por mayoría simple de los miembros de la corporación. Corresponde, asimismo, al pleno municipal la aprobación de los convenios urbanísticos que vayan a alterar instrumentos de planeamiento, artículo 22.2 c) LBRL. Y la aceptación de la delegación de competencias hecha por otras Administraciones Públicas también corresponde al órgano plenario del ayuntamiento, artículo 22.2 g) LBRL.

El artículo 48.8 LRJSP prevé que, cuando el convenio tenga por objeto la delegación de competencias en una entidad local, deberá cumplir con lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Remisión que hay que entender realizada al artículo 27 LBRL<sup>28</sup>.

28. El artículo 27 LBRL, modificado por el artículo 1.10 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, dispone:

1. *El Estado y las comunidades autónomas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, podrán delegar en los municipios el ejercicio de sus competencias.*

*La delegación habrá de mejorar la eficiencia de la gestión pública, contribuir a eliminar duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.*

*La delegación deberá determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de esta, que no podrá ser inferior a cinco años, así como el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos, que esta asigne sin que pueda suponer un mayor gasto de las Administraciones Públicas.*

*La delegación deberá acompañarse de una memoria económica donde se justifiquen los principios a que se refiere el párrafo segundo de este apartado y se valore el impacto en el gasto de las Administraciones Públicas afectadas sin que, en ningún caso, pueda conllevar un mayor gasto de las mismas.*

*2. Cuando el Estado o las comunidades autónomas deleguen en dos o más municipios de la misma provincia una o varias competencias comunes, dicha delegación deberá realizarse siguiendo criterios homogéneos.*

*La Administración delegante podrá solicitar la asistencia de las diputaciones provinciales o entidades equivalentes para la coordinación y seguimiento de las delegaciones previstas en este apartado.*

*3. Con el objeto de evitar duplicidades administrativas, mejorar la transparencia de los servicios públicos y el servicio a la ciudadanía y, en general, contribuir a los procesos de racionalización administrativa, generando un ahorro neto de recursos, la Administración del Estado y las de las comunidades autónomas podrán delegar, siguiendo criterios homogéneos, entre otras, las siguientes competencias:*

- a) Vigilancia y control de la contaminación ambiental.*
- b) Protección del medio natural.*
- c) Prestación de los servicios sociales, promoción de la igualdad de oportunidades y la prevención de la violencia contra la mujer.*
- d) Conservación o mantenimiento de centros sanitarios asistenciales de titularidad de la comunidad autónoma.*
- e) Creación, mantenimiento y gestión de las escuelas infantiles de educación de titularidad pública de primer ciclo de educación infantil.*
- f) Realización de actividades complementarias en los centros docentes.*
- g) Gestión de instalaciones culturales de titularidad de la comunidad autónoma o del Estado, con estricta sujeción al alcance y condiciones que derivan del artículo 149.1.28.ª de la Constitución española.*
- h) Gestión de las instalaciones deportivas de titularidad de la comunidad autónoma o del Estado, incluyendo las situadas en los centros docentes cuando se usen fuera del horario lectivo.*
- i) Inspección y sanción de establecimientos y actividades comerciales.*
- j) Promoción y gestión turística.*
- k) Comunicación, autorización, inspección y sanción de los espectáculos públicos.*
- l) Liquidación y recaudación de tributos propios de la comunidad autónoma o del Estado.*
- m) Inscripción de asociaciones, empresas o entidades en los registros administrativos de la comunidad autónoma o de la Administración del Estado.*
- n) Gestión de oficinas unificadas de información y tramitación administrativa.*
- o) Cooperación con la Administración educativa a través de los centros asociados de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.*

*4. La Administración delegante podrá, para dirigir y controlar el ejercicio de los servicios delegados, dictar instrucciones técnicas de carácter general y recabar, en cualquier momento, información sobre la gestión municipal, así como enviar comisionados y formular los requerimientos pertinentes para la subsanación de las deficiencias observadas. En caso de incumplimiento de las directrices, denegación de las informaciones solicitadas, o inobservancia de los requerimientos formulados, la Ad-*

El art. 27 LBRL regula el régimen de delegación de competencias del Estado y las comunidades autónomas, delegación dirigida a la mejora de la eficiencia de la gestión pública y a la eliminación de duplicidades administrativas, y vinculándola a los principios de estabilidad y sostenibilidad financiera. Esta vinculación se traduce en otra exigencia relacionada directamente, como es que se deberá adjuntar una memoria económica (apdo. 1); exige también que, cuando se deleguen competencias en dos o más municipios de la misma provincia, se haga con criterios homogéneos (apdo. 2); por su parte, el apartado 3 contiene una lista, no exhaustiva, de las materias que pueden ser objeto de delegación, en las que deben seguirse igualmente criterios homogéneos. Asimismo, se obliga a que la delegación vaya acompañada de la financiación correspondiente, estableciendo que será necesaria una dotación presupuestaria adecuada y suficiente, y sancionando con la nulidad el incumplimiento de estas previsiones (apdo. 6). Finalmente, se determina que la disposición o el acuerdo de delegación debe contener las causas de revocación o renuncia de la delegación, y que debe incluir entre las causas de renuncia el incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración delegante, o la imposibilidad sobrevenida de realizar la delegación sin menoscabo del ejercicio de sus competencias (apdo. 7).

A la vista de la nueva redacción del artículo 57 bis LBRL<sup>29</sup>, no creo que se prodiguen este tipo de convenios administrativos, al menos durante

---

*ministración delegante podrá revocar la delegación o ejecutar por sí misma la competencia delegada en sustitución del municipio. Los actos del municipio podrán ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante.*

5. *La efectividad de la delegación requerirá su aceptación por el municipio interesado.*

6. *La delegación habrá de ir acompañada en todo caso de la correspondiente financiación, para lo cual será necesaria la existencia de dotación presupuestaria adecuada y suficiente en los presupuestos de la Administración delegante para cada ejercicio económico, siendo nula sin dicha dotación.*

*El incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración autonómica delegante facultará a la entidad local delegada para compensarlas automáticamente con otras obligaciones financieras que esta tenga con aquella.*

7. *La disposición o acuerdo de delegación establecerá las causas de revocación o renuncia de la delegación. Entre las causas de renuncia estará el incumplimiento de las obligaciones financieras por parte de la Administración delegante o cuando, por circunstancias sobrevenidas, se justifique suficientemente la imposibilidad de su desempeño por la Administración en la que han sido delegadas sin menoscabo del ejercicio de sus competencias propias. El acuerdo de renuncia se adoptará por el pleno de la respectiva entidad local.*

8. *Las competencias delegadas se ejercen con arreglo a la legislación del Estado o de las comunidades autónomas.*

29. El artículo 57 bis LBRL se añade por el artículo 1.17 de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, y regula la garantía de pago en el ejercicio de competencias delegadas, en los siguientes términos:

algún tiempo. Este precepto establece una garantía de pago en el ejercicio de las competencias delegadas. Así, por un lado, prevé que las delegaciones de competencias de las comunidades autónomas a los entes locales, y los convenios de colaboración entre comunidades autónomas y entes locales, que impliquen obligaciones financieras o compromisos de pago a cargo de aquellas, deberán incluir una cláusula de garantía consistente en la autorización al Estado a fin de que pueda aplicar retenciones en las transferencias correspondientes del sistema de financiación (apdo. 1). Contiene también una regla referida a los acuerdos o las delegaciones que estuvieran prorrogados a la entrada en vigor de la Ley, en la que se establece que solo podrán volver a prorrogarse si se incluye la referida cláusula de garantía (apdo. 2). Finalmente, el precepto examinado remite la regulación del procedimiento para la aplicación de las citadas retenciones a una futura Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (apdo. 3).

Este nuevo artículo 57 bis –por el que se impone a las comunidades autónomas, para el caso de incumplimiento de las obligaciones financieras

---

*1. Si las comunidades autónomas delegan competencias o suscriben convenios de colaboración con las entidades locales que impliquen obligaciones financieras o compromisos de pago a cargo de las comunidades autónomas, será necesario que estas incluyan una cláusula de garantía del cumplimiento de estos compromisos consistente en la autorización a la Administración General del Estado a aplicar retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación. La citada cláusula deberá establecer, en todo caso, los plazos para la realización de los pagos comprometidos, para la reclamación por parte de la entidad local en caso de incumplimiento por parte de la comunidad autónoma de la obligación que hubiere contraído y para la comunicación a la Administración General del Estado de haberse producido dicho incumplimiento, teniendo en cuenta el plazo que, en su caso, se pueda establecer mediante la Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la que se refiere el apartado 3 de este artículo. Para la aplicación de esta cláusula no será precisa la autorización previa a la que hace referencia la disposición adicional septuagésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.*

*2. Los acuerdos de delegación de competencias y convenios de colaboración que, a la entrada en vigor de la presente norma, hayan sido objeto de prórroga, expresa o tácita, por tiempo determinado, solo podrán volver a prorrogarse en el caso de que se incluya en los mismos la cláusula de garantía a la que hace referencia el apartado anterior. Esta norma será de aplicación a aquellos acuerdos que se puedan prorrogar, expresa o tácitamente, por vez primera con posterioridad a la citada entrada en vigor.*

*3. El procedimiento para la aplicación de las retenciones mencionadas en el apartado 1 anterior y la correspondiente puesta a disposición a favor de las entidades locales de los fondos retenidos a las comunidades autónomas se regulará mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a la que se refiere la disposición adicional septuagésima segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.*



o los compromisos de pago que tengan asumidos en tales convenios, la inclusión de una cláusula de garantía de pago que autoriza a la Administración del Estado la retención en las transferencias correspondientes al sistema de financiación— ha sido considerado, por algunas comunidades autónomas, inconstitucional<sup>30</sup>.

Como señala FUERTES LÓPEZ, la imposición de esta exigencia como obligatoria suscita reparos. Una cosa es que las partes, de manera voluntaria, acuerden establecer las garantías de cumplimiento que consideren oportunas (y, en este sentido, en un convenio puede incluirse una cláusula que facilite el cobro ante la Administración General del Estado de aquellas cantidades que adeude la comunidad autónoma, lo que no es sino una muestra de la admisión del “pago por tercero” en el cumplimiento de las obligaciones —recogida en el artículo 1158 del Código Civil—), y otra muy distinta que el legislador estatal imponga como obligatorio este instrumento, que puede resultar desproporcionado y poco respetuoso con la libertad de pacto de las partes. Mecanismos para garantizar las obligaciones deben incluirse, con el fin de que la posición de los ayuntamientos quede asegurada. Pero el legislador podría haber establecido varias alternativas posibles y entre ellas acoger esta para que las partes la tomaran en consideración<sup>31</sup>.

30. *Vid.* Dictamen 172/2014, de 8 de mayo, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con la Propuesta de Resolución del recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley 27/20113, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. Este precepto se cuestiona por el Gobierno canario, en tanto que la inclusión de la cláusula de garantía de pago que autoriza a la Administración del Estado la retención en las transferencias correspondientes al sistema de financiación vulnera las competencias autonómicas, en la medida en que la depuración de la responsabilidad de las actuaciones que desarrolle la comunidad autónoma en el ejercicio de sus competencias la tiene que ejercer la propia comunidad autónoma, y no la entidad local suscriptora del convenio o el Estado. Por otro lado se mantiene que la inclusión de la cláusula de garantía de pago exigida en la Ley supone una restricción de la autonomía de la voluntad de las partes en el ejercicio de sus respectivas competencias, sin que la Ley lo fundamente con carácter general.

Pero, a juicio del Consejo Consultivo, “los señalados argumentos no permiten sostener la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados ya que la retención efectuada por el Estado en las transferencias que corresponden a la comunidad autónoma requiere de la previa cláusula de garantía que ha de incluir la comunidad autónoma. Por lo demás, el Gobierno no alega motivos de otra índole, conectados singularmente a su autonomía financiera, que permitan cuestionar el precepto”.

31. FUERTES LÓPEZ, M.: “Los consorcios y convenios en la Ley del sector público”, conferencia impartida en la *Jornada sobre las leyes 39 y 40 de procedimiento administrativo y régimen jurídico del sector público*, celebrada en Barcelona el 20 de noviembre de 2015, y organizada por el Seminari de Dret Local y la Federació de Municipis de Catalunya. Puede consultarse en la página <http://www.fmc.cat/documents/14264/doc/Pon%C3%A8ncia%20Mercedes%20Fuertes.pdf> [última entrada, 15 de febrero de 2016].



Por su parte, el presupuesto local debe incluir, como documentación, la relación de convenios en los que se incluye esta cláusula para garantizar el gasto social, conforme al artículo 168 TRLHL<sup>32</sup>.

b) Eficiencia y sostenibilidad.

La LRJSP recoge una serie de manifestaciones principales, a las que da el rango de requisitos de eficacia y validez:

- *Eficiencia de la gestión pública*: La suscripción de convenios debe mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.
- *Sujeción a la legislación presupuestaria*: La gestión, justificación y resto de actuaciones relacionadas con los gastos derivados de los convenios que incluyan compromisos financieros para la Administración Pública (o cualquiera de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes que los suscriban), así como con los fondos comprometidos en virtud de dichos convenios, se ajustarán a lo dispuesto en la legislación presupuestaria.
- *Sostenibilidad financiera*: Los convenios que incluyan compromisos financieros deberán ser financieramente sostenibles, debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio.
- *Contención económica*: Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio.

Y siempre que el convenio instrumente una subvención, deberá cumplir con lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, y en la normativa autonómica de desarrollo que, en su caso, resulte aplicable.

---

32. El artículo 168.1 f) TRLHL, modificado por la disposición final 1.2 del Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico, establece que al presupuesto de la entidad local habrá de unirse, entre otra documentación, un anexo con información relativa a los convenios suscritos con las comunidades autónomas en materia de gasto social, con especificación de la cuantía de las obligaciones de pago y de los derechos económicos que se deben reconocer en el ejercicio al que se refiere el presupuesto general, y de las obligaciones pendientes de pago y derechos económicos pendientes de cobro, reconocidos en ejercicios anteriores, así como de la aplicación o partida presupuestaria en la que se recogen, y la referencia a que dichos convenios incluyen la cláusula de retención de recursos del sistema de financiación a la que se refiere el artículo 57 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

## c) Perfección e inscripción.

Los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes. Los convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes, resultarán eficaces una vez inscritos en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal, al que se refiere la disposición adicional séptima<sup>33</sup>, y publicados en el “Boletín Oficial del Estado”. Previamente, y con carácter facultativo, se podrán publicar en el boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia que corresponda a la otra Administración firmante. De manera que la inscripción tiene carácter constitutivo.

Además, y de acuerdo con cuanto establece el artículo 53 LRJSP, dentro de los tres meses siguientes a la suscripción de cualquier convenio cuyos compromisos económicos asumidos superen los 600 000 euros, deberá remitirse electrónicamente al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma, según corresponda. Igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la comunidad autónoma, según corresponda, las modificaciones, prórrogas o

33. La disposición adicional séptima regula el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación, y establece:

1. *La Administración General del Estado mantendrá actualizado un registro electrónico de los órganos de cooperación en los que participa ella o alguno de sus organismos públicos o entidades vinculados o dependientes y de convenios celebrados con el resto de Administraciones Públicas. Este registro será dependiente de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas.*

2. *La creación, modificación o extinción de los órganos de cooperación, así como la suscripción, extinción, prórroga o modificación de cualquier convenio celebrado por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades vinculados o dependientes deberá ser comunicada por el órgano de esta que lo haya suscrito, en el plazo de quince días desde que ocurra el hecho inscribible, al Registro Electrónico estatal de Organos e Instrumentos de Cooperación.*

3. *Los departamentos ministeriales que ejerzan la secretaría de los órganos de cooperación deberán comunicar al registro antes del 30 de enero de cada año los órganos de cooperación que hayan extinguido.*

4. *El ministro de Hacienda y Administraciones Públicas elevará anualmente al Consejo de Ministros un informe sobre la actividad de los órganos de cooperación existentes, así como sobre los convenios vigentes a partir de los datos y análisis proporcionados por el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación.*

5. *Los órganos de cooperación y los convenios vigentes disponen del plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la Ley, para solicitar su inscripción en este Registro.*

6. *Los órganos de cooperación que no se hayan reunido en un plazo de cinco años desde su creación o en un plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley quedarán extinguidos.*

variaciones de plazos, las alteraciones de los importes de los compromisos económicos asumidos, y la extinción de los convenios indicados.

### 3.4

#### **El contenido de los convenios administrativos y el procedimiento para su aprobación**

El artículo 49 LRJSP regula el contenido de los convenios, que deberán incluir, al menos, las siguientes materias:

- a) Sujetos que suscriben el convenio y la capacidad jurídica con que actúa cada una de las partes.
- b) La competencia en la que se fundamenta la actuación de la Administración Pública, de los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella o de las Universidades públicas.
- c) Objeto del convenio y actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento, indicando, en su caso, la titularidad de los resultados obtenidos.
- d) Obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, si los hubiera, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente, de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria.
- e) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes, y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento.
- f) Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes. Este mecanismo resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios.
- g) El régimen de modificación del convenio. A falta de regulación expresa, la modificación del contenido del convenio requerirá acuerdo unánime de los firmantes.
- h) Plazo de vigencia del convenio, teniendo en cuenta las siguientes reglas:
  - 1.<sup>a</sup> Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.
  - 2.<sup>a</sup> En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar

unánimemente su prórroga por un período de hasta cuatro años adicionales o su extinción.

La Ley aborda, con singular conocimiento de la práctica convencional, varios de los problemas crónicos de la institución convencional. Uno de ellos, el plazo de vigencia de los convenios. Son legión los convenios administrativos que carecen de plazo y término. Los convenios se han venido “estirando”, como consecuencia de la omisión del plazo de vigencia y del procedimiento para su prórroga.

El segundo, el mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio, y de los compromisos adquiridos por los firmantes, que la Ley regula de forma abierta. Este es un apartado de importancia. Son las partes del convenio quienes deben configurar el tipo de órgano de seguimiento: pueden escoger un órgano mixto en el que participen representantes de cada parte, pero también pueden remitir las diferencias a un órgano arbitral. Piénsese en los sectores donde se está aconsejando una introducción de medios alternativos a la resolución de conflictos administrativos, y, concretamente, del arbitraje administrativo, como son las cuestiones de personal, los contratos y concesiones administrativas, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, la expropiación forzosa, la disciplina deportiva, el urbanismo y el medio ambiente, los transportes y comunicaciones, la Administración electoral, sindical y laboral, el consumo y otros sectores semejantes.

En cuanto a su tramitación –refiere el artículo 50 LRJSP–, el convenio se debe acompañar de una memoria justificativa, en la que se analicen su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de lo previsto en esta Ley. Es decir, tiene un contenido positivo, que son la necesidad, la oportunidad y el impacto económico, y otro negativo, pues hay que justificar que no nos encontramos ante un contrato.

Los convenios que suscriban la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes se acompañarán además de:

- a) El informe de su servicio jurídico. No será necesario solicitar este informe cuando el convenio se ajuste a un modelo normalizado informado previamente por el servicio jurídico que corresponda.
- b) Cualquier otro informe preceptivo que establezca la normativa aplicable.
- c) La autorización previa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su firma, modificación, prórroga y resolución por mutuo acuerdo entre las partes.

Cuando los convenios plurianuales suscritos entre Administraciones Públicas incluyan aportaciones de fondos por parte del Estado para financiar

actuaciones a ejecutar exclusivamente por parte de otra Administración Pública, y el Estado asuma, en el ámbito de sus competencias, los compromisos frente a terceros, la aportación del Estado de anualidades futuras estará condicionada a la existencia de crédito en los correspondientes presupuestos.

### 3.5

#### La extinción de los convenios administrativos. Efectos de su resolución

Los convenios se extinguen, y así se establece en el artículo 51 LRJSP, por el cumplimiento de las actuaciones que constituyen su objeto, que es la finalización natural del convenio, o por incurrir en causa de resolución.

Son causas de resolución:

- a) El transcurso del plazo de vigencia del convenio sin haberse acordado la prórroga del mismo.
- b) El acuerdo unánime de todos los firmantes.
- c) El incumplimiento de las obligaciones y 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 consideren incumplidos. Este requerimiento será comunicado al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la 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) La decisión judicial declaratoria de la nulidad del convenio.
- e) Cualquier otra causa distinta de las anteriores prevista en el convenio o en otras leyes.

El cumplimiento y la resolución de los convenios darán lugar a la liquidación de los mismos con el objeto de determinar las obligaciones y compromisos de cada una de las partes, en los términos que establece el artículo 52 LRJSP.

