

En este sentido conviene recordar que la Ley de Contratos del Sector Público, dice expresamente en su artículo 4, apartado 2, que los convenios excluidos de su ámbito de aplicación *«se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse»*.

Para finalizar es preciso referirse, por último, a la cuestión procedimental relativa a la remisión de contratos al Tribunal de Cuentas, antecedente necesario para el normal desenvolvimiento de la fiscalización de la contratación celebrada por el sector público. Hay que decir, en este sentido, que los términos en que está redactado el artículo 29 de la Ley son muy similares a los que figuran en el artículo 57 de la Ley de Contratos hasta ahora vigente, y la actuación fiscalizadora del Tribunal de Cuentas sustancialmente no se ve alterada.

Así, dicho artículo 29 dispone que:

«1. Dentro de los tres meses siguientes a la formalización del contrato, para el ejercicio de la función fiscalizadora, deberá remitirse al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma una copia certificada del documento en el que se hubiere formalizado aquél, acompañada de un extracto del expediente del que se derive, siempre que la cuantía del contrato exceda de 600.000 euros, tratándose de obras, concesiones de obras públicas, gestión de servicios públicos y contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado; de 450.000 euros, tratándose de suministros, y de 150.000 euros, en los de servicios y en los contratos administrativos especiales.

2. Igualmente se comunicarán al Tribunal de Cuentas u órgano externo de fiscalización de la Comunidad Autónoma las modificaciones, prórrogas o variaciones de plazos, las variaciones de precio y el importe final, la nulidad y la extinción normal o anormal de los contratos indicados.

3. Lo dispuesto en los dos apartados anteriores se entenderá sin perjuicio de las facultades del Tribunal de Cuentas, o, en su caso, de los correspondientes órganos de fiscalización externos de las Comunidades Autónomas para reclamar cuantos datos, documentos y antecedentes estime pertinentes con relación a los contratos de cualquier naturaleza y cuantía.

4. Las comunicaciones a que se refiere este artículo se efectuarán por el órgano de contratación en el ámbito de la Administración General del Estado y de los entes, organismos y entidades del sector público dependientes de ella.»

No obstante, es en la fiscalización de determinados contratos, como el nuevo de colaboración público-privada, donde habrá que introducir nuevos métodos y criterios de fiscalización, dada su especial configuración. En este sentido es preciso destacar el papel que está llamado a desempeñar el Tribunal de Cuentas, tanto en la fiscalización de la aplicación de esta nueva figura que la Ley introduce como en la de los demás instrumentos en que actualmente se plasma la actividad multilateral de las entidades que integran el sector público y cuyo análisis en profundidad es indispensable en el Estado de Derecho.

Convenios de colaboración y encargos a entes instrumentales a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público

José Pascual García

Interventor y Auditor del Estado.

Subdirector Jefe de Asesoría Jurídica en el Departamento 1º
de Fiscalización del Tribunal de Cuentas

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) dedica el capítulo 1 del título preliminar a delimitar su ámbito de aplicación, tanto el objetivo como el subjetivo. A su vez, el ámbito objetivo lo acota desde una doble perspectiva: en positivo, diciendo qué tipos de contratos quedan comprendidos en su regulación (art. 2) y, en negativo, diciéndonos expresamente qué «negocios y contratos» quedan excluidos (art. 4), exclusión que, como veremos, no es total pues pueden serles de aplicación los principios y alguna previsión de la propia Ley. Los excluidos constituyen un conjunto heterogéneo de figuras de las cuales unas no revisten carácter contractual y otras han quedado fuera por decisión del legislador. En todos los casos la mención expresa de dichos «negocios y relaciones jurídicas» resulta del mayor interés por cuanto algunos de ellos ofrecen puntos de contacto con los contratos sujetos que pueden inducir a confusión sobre si les es o no de aplicación la Ley, mientras que otros presentan una insuficiencia en su regulación propia que resultaba necesario salvar en alguna medida.

De los «contratos o negocios excluidos» o de los «negocios y relaciones jurídicas» excluidas (que ambas expresiones las emplea el texto legal) van a ser objeto de nuestra atención los convenios de colaboración, tanto los que celebren dos Administraciones o entida-

des públicas entre sí [párrafo c)] como los que celebre una Administración con una persona física o jurídica sujeta al derecho privado [párrafo d)], y los encargos de un poder adjudicador a entes instrumentales, que tenga la condición de medio propio y servicio técnico del mismo [párrafo n)]. Se trata de tres figuras de naturaleza discutible que tienen en común el que, sin ser contratos¹, se encuentran en la misma frontera de la contratación, se desenvuelven en medio de una considerable laguna legal y, en el plano de la práctica administrativa, presentan el riesgo de que los órganos de la Administración recurran a su empleo obviando, al abrigo de la indicada laguna, las exigencias de la contratación pública.

El tratamiento de estas figuras en la LCSP coincide en lo sustancial con el del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, a partir de las modificaciones introducidas en el mismo por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para impulso de la productividad y mejora de la contratación pública. Las causas de la introducción por vía de urgencia de las modificaciones a que nos referimos constan en el apartado V de la Exposición de motivos del Real Decreto-ley, en el que se señala que *«la urgencia de la reforma legislativa explicitada se deriva de la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de enero de 2005, que obliga a España a reformar su normativa referente a la adjudicación de contratos públicos, además de derivarse de la correcta adaptación al Derecho español de los principios y criterios jurídicos en materia de contratación pública»*. En efecto, la sentencia citada afectó doblemente al TRLCAP:

– Al declarar contraria a las Directivas la exclusión de forma absoluta del ámbito de aplicación la legislación contractual de los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas, por cuanto entre ellos existen algunos

¹ Para algunos autores, como MARTÍN HUERTA, P., el convenio se sitúa dentro del esquema contractual como supraconcepto aplicable a todos los campos jurídicos, incluido el Derecho público. Ahora bien, como señala el citado autor, se trataría de un tipo de contrato específico y distinto de los dos tipos de contratos de la Administración hasta ahora estudiados: los contratos de Derecho privado y los contratos administrativos (*Los convenios interadministrativos*, Ed. INAP, 2.000, págs. 41/42). Planteada así la cuestión entendemos que sería más correcto considerar a los contratos como un tipo de convenio que al convenio como un tipo de contrato. Pero aún nos parece más acertado considerar como supraconcepto que engloba a convenios de colaboración y a contratos, cualquiera que sea su naturaleza, la categoría dogmática de «negocio jurídico», como presupone el artículo 4 LCSP.

que constituyen contratos públicos a efectos de dichas Directivas. En consecuencia, van a quedar sujetos a la Ley todos los contratos, hasta ahora calificados como convenios, que tengan por objeto alguno de los que son propios de un contrato de los contemplados en las correspondientes Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos (sustituidas hoy por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004) cuando se celebren entre un poder adjudicador y un contratista o proveedor que sea una persona jurídicamente distinta de aquella entidad y autónoma respecto de ella desde el punto de vista de la adopción de sus decisiones, aun cuando revista la naturaleza de Administración Pública.

– Al declarar que no queda sujeto el negocio o relación jurídica en el supuesto de que el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan. Esta doctrina es la que sentó la Sala Quinta del TJCE, con fecha 18 de noviembre de 1999, en la sentencia Teckal (asunto C-107/98), a la que se alude en los apartados 38 y 39 de la anterior. En consecuencia, no quedan sujetos al TRLCAP los denominados servicios o encargos *in house providing*, aun cuando formalmente el ente que recibe el encargo ostente personalidad jurídica propia e independiente de la del contratante que le encarga la ejecución de las prestaciones al ser un medio instrumental del contratante, completamente dependiente de él y sin una verdadera capacidad decisoria autónoma. En este caso nos situaríamos ante una manifestación de la capacidad organizatoria de las Administraciones Públicas más que ante una relación de naturaleza contractual entre las partes².

La nueva regulación va afectar, en primer lugar, a la LCSP (antes TRLCAP), pero también a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), particularmente al artículo 15, «Encomiendas de gestión», según veremos.

2. CONVENIOS DE COLABORACIÓN

La primera dificultad que se presenta al tratar de aproximarnos a esta figura es la ausencia de una definición legal de la misma o, en su

² En este sentido SOSA WAGNER: «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2003.

defecto, de un concepto doctrinal unánimemente aceptado. La pluralidad de denominaciones con que se le designa es buena prueba de la falta de unanimidad: convenios, conciertos, contratos programa, acuerdos, protocolos... Frecuentemente los autores que se han ocupado del tema han subrayado como nota que es común a convenios y contratos la existencia de un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre los sujetos que convienen, efectos que, por tanto, no proceden de uno solo, sino de ambos, y como nota diferencial la persecución de un interés común tal que mientras en los contratos existiría una contraposición de intereses y un intercambio de prestaciones de naturaleza patrimonial, los convenios responderían al propósito de vincular a los sujetos a la consecución del fin perseguido.

Dentro del concepto así formulado tal vez quepa la mayor parte de los convenios que conoce la práctica administrativa y que ha estudiado la doctrina, pero no deja de presentar flancos débiles. A poco que se reflexione, de una parte, se encontrarán auténticos contratos en los que no existe contraposición de intereses, como el contrato de sociedad, y de otra, convenios de colaboración que son expresión de un acto administrativo unilateral, aunque necesitado de aceptación para su eficacia, por lo que los efectos jurídicos no proceden de la conjunción de voluntades de ambos sujetos, o en los que el fin que se persigue no es común, sino propio de la Administración, como los que se formalizan con entidades colaboradoras en la gestión de las subvenciones (art. de la 16 LGS). Por ello, creemos acertado, máxime tras la LCSP, acudir, como hace algún autor³ y el Tribunal de Cuentas en una fiscalización relativa a los convenios de colaboración⁴, a un criterio, en cierta medida, residual, de manera que nos encontraríamos ante un convenio de colaboración siempre que el objeto del negocio

³ En este sentido MARTÍNEZ MENÉNDEZ, J. A., ante la ausencia de regulación específica de las distintas relaciones jurídicas que están denominando convenios, opta por considerar tales a aquellos acuerdos de voluntades entre una Administración y un particular o entre dos Administraciones que no se puedan calificar como contratos administrativos o privados. «La fiscalización de los convenios», *Revista Cuenta con IGAE*, núm. 12/2005.

⁴ Véase el apartado II.1.A) del «Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos en los años 2004 y 2005 por los Ministerios de Fomento y de Sanidad y Consumo con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas con fecha 24 de abril de 2008, en el que afirma que «a efectos de delimitar el ámbito de esta fiscalización, ha resultado obligado acudir a un criterio residual, de manera que nos encontraríamos ante un convenio siempre que el objeto del negocio jurídico bilateral, además de establecer un cauce de colaboración, no estuviera comprendido en los contratos regulados en el TRLCAP o en normas administrativas especiales».

jurídico bilateral, además de establecer un cauce de colaboración, no estuviera comprendido en los contratos regulados en el LCSP o en normas administrativas especiales, incluidos los contratos privados a que se refiere el artículo 20 de la LCSP. Lo que sí parece necesario en esta caracterización es tener presente el matiz que incorpora el concepto de colaboración a la idea de convenio. Según el diccionario de la RAE, colaborar es «trabajar con otra u otras personas en la realización de una obra», o también «concurrir con una cantidad». En suma, para que haya colaboración debe haber una actuación conjunta. Por tanto, del concepto quedarán excluidos, por no responder a la idea de colaboración, los acuerdos que tienen por finalidad resolver una disputa jurídica, como es el caso de los que la doctrina denomina convenios compositivos (los convenios transaccionales o los convenios arbitrales), amén de aquellos cuyo objeto coincida con el de los contratos mencionados.

Ahora bien, no puede pretenderse que una figura de contornos tan imprecisos quede sometida a un marco jurídico único y preciso. El marco legal, en lo que tiene de común a todo convenio, reviste un carácter que, en buena parte al menos, podría calificarse de subsidiario, ya que se aplica en defecto de normas específicas, y de negativo, por cuanto nos dice la normativa que no les es de aplicación más que la aplicable. En efecto, la LCSP, en el apartado 2 del artículo 4, establece que **«los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse»**. La regulación de la LCSP se configura, por tanto, como una legislación supletoria que entra en juego en defecto de normas especiales, siendo de significar que la supletoriedad no va referida a la totalidad de la Ley, sino sólo a sus principios. Tales principios serán fundamentalmente los de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación, y si conllevan compromisos financieros, los de estabilidad presupuestaria y control del gasto y de eficiencia en utilización de los fondos públicos (arts. 1 y 176 de la LCSP) que rigen en la fase de adjudicación, amén de los que, como el de riesgo y ventura, rigen en la fase de ejecución (art. 189). Ahora bien, como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), es «muy distinto... la aplicación de principios de la aplicación concreta de preceptos»⁵. El principio, al contrario que la regla, es susceptible de aplicaciones diversas, en cuya elección goza de discrecionalidad el gestor público.

⁵ Informe 42/98, de 16 de diciembre.

Junto a la regulación contenida en el artículo 4.2 de la LCSP hay que hacer referencia también, como integrante del marco común, al artículo 88 LRJ-PAC. Este artículo, cuyo contenido no se circunscribe a lo que la rúbrica «Terminación convencional» puede inducir a pensar, se ocupa también de la cuestión, estableciendo al respecto:

«1. Las Administraciones Públicas 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 cada 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.»

Dentro de los conciertos regulados por el reproducido artículo se pueden comprender diversas figuras (*acuerdos, pactos, convenios o contratos*), entre las cuales se encontrarían, como una más de las posibles, los convenios de colaboración entre *«personas tanto de derecho público como privado»*. Los citados convenios pueden justamente calificarse, como hacen ciertos autores, de «convenios procedimentales», en la medida en que tengan por finalidad terminar o insertarse en el procedimiento administrativo común, pero sin que ello signifique que su contenido deba limitarse a la vertiente procesal, sino que puede comprender toda clase de materias, con los límites que el precepto expresa. *«Los citados instrumentos –añade el artículo 88 de la LRJ-PAC– deberán 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.»*

Así pues, entre el convenio de colaboración regulado por la LCSP y los conciertos regulados por la LRJ-PAC no existe una plena identidad. La Ley de Contratos no atiende a la vertiente procesal ni a sus requisitos formales, sino al objeto y contenido, que habrá de alcanzarse a través de la colaboración entre dos sujetos.

Junto a las disposiciones consideradas hay que atender, si se pretende delimitar ese marco común que buscamos, a su vertiente financiera. Aunque nada impide la formalización de convenios sin contenido económico, lo habitual será que la Administración asuma compromisos financieros, y esta circunstancia, de singular relevancia en la gestión administrativa, va a imprimir también unas notas que pueden considerarse comunes, por cuanto afectan a todos los convenios generadores de gasto, con independencia de los sujetos que se concierten y de su objeto material.

De acuerdo con la normativa presupuestaria, la suscripción de los convenios requiere de la existencia de crédito y su aprobación, y cumplimiento se verán imbricados con los trámites y exigencias del procedimiento de gestión de los gastos, regulado en el artículo 73 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP). Expresamente se recuerda esta exigencia por el artículo 74.5 de la LGP, que dispone:

«Con carácter previo a la suscripción de cualquier convenio, contrato-programa o acuerdo de encomienda se tramitará el oportuno expediente de gasto, en el cual figurará el importe máximo de las obligaciones a adquirir, y en el caso de que se trate de gastos de carácter plurianual, la correspondiente distribución por anualidades.»

En segundo lugar, como precepto común a todo convenio generador de gasto, el citado artículo 74.5 de la LGP dispone que para la suscripción de convenios de colaboración será necesaria autorización del Consejo de Ministros cuando el importe del gasto que de aquéllos se derive sea superior a doce millones de euros. El precepto es análogo al del artículo 292.1. a) de la LCSP, con la peculiaridad de que en el caso de los convenios la autorización del Consejo de Ministros implicará la aprobación del gasto que se derive del convenio, y por tanto la tramitación del expediente de gasto se llevará a cabo antes de la elevación del asunto a dicho órgano, mientras que en el ámbito contractual la autorización del Consejo de Ministros es anterior a la aprobación del expediente y del gasto, que corresponde al órgano de contratación.

Con la aplicación del indicado marco común se garantizará el cumplimiento de las exigencias del Derecho comunitario de la LCSP, plena o de sus principios, así como el cumplimiento de las exigencias de la normativa reguladora de los procedimientos administrativo y de gestión de los gastos. Pero, junto a esta regulación común, hay que hacer referencia a la específica, la cual, en el orden de las fuentes, ocupa la primacía, como lo demuestran las referencias del artículo 4.2 de la LCSP, a que los convenios **«se regularán por sus normas especiales»**, y del artículo 88 de la LRJ-PAC, a **«las normas específicas que los regulan»**.

Para dar cuenta de su normativa específica es fundamental distinguir, como hace la propia LCSP, los convenios entre Administraciones Públicas y los convenios con entidades privadas, cuyas diferencias son patentes. Como señala Lliset Borrell⁶, «mientras los

⁶ LLISSET BORREL, FRANCISCO: «Los convenios interadministrativos de los entes locales». Civitas, REDA, núm. 67/1990.

convenios de colaboración con particulares pertenecen a las relaciones jurídico-administrativas tradicionales (Administración-particulares), los convenios antes llamados de cooperación y que la LRJPAC denomina también convenios de colaboración son fuente de relaciones interadministrativas, motivo por el que deben ser encuadrados científicamente, sea cual sea el lugar de ubicación en el sistema legal, en la organización administrativa, tal como en este sentido lo hace la LRJPAC».

En definitiva, la diferencia más palpable entre ambos tipos de convenios nos viene dada por la naturaleza de los sujetos que se conciertan, que, en el primer caso, son dos entidades públicas y, en el segundo, una entidad pública y un particular. Pero a esta diferencia subjetiva le van a acompañar también diferencias notables de régimen jurídico.

2.1. Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas

Al primero de los tipos de convenios mencionados se refiere la LCSP, en el párrafo letra c) del artículo 4, dentro del que se comprenden los que celebre «*la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las universidades públicas, las Comunidades Autónomas, las entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley*». Estos convenios, hasta la modificación introducida en el artículo 3.1.c) del TRLCAP por el Real Decreto-ley 5/2005, estaban en todo caso excluidos de la aplicación de la normativa reguladora de los contratos administrativos (excepto en caso de laguna, supuesto en el que se aplicaban los principios), mientras que en la actualidad la exclusión no se extiende a aquellos cuyo objeto coincide con el de los contratos. Si se compara el artículo 4.1.c) de la LCSP con el artículo 3.1.c) del TRLCAP se aprecia que, a efectos de la exclusión, han desaparecido los techos cuantitativos, que venían determinados por los umbrales de publicidad comunitaria. En la actualidad, el único factor determinante de la exclusión va a ser el objeto, sin consideración a la cuantía.

Pero, tras delimitar el alcance de la exclusión, resta pasar a la segunda cuestión a la que aludíamos: cuál sea el marco legal por el que se rigen aquellos convenios cuyo objeto no es coincidente con el de los contratos, que son los únicos que subsisten como tales. Pues bien, el estudio de los convenios de colaboración inter-administrativos debe abordarse dentro del más amplio marco del estudio de las rela-

ciones entre Administración Públicas, dado que no son otra cosa que un posible instrumento para formalizar y canalizar algunas de dichas relaciones, concretamente aquellas que se caracterizan por su voluntariedad.

En un Estado compuesto es ineludible la existencia de relaciones entre los distintos niveles de Administraciones Públicas territoriales⁷. Sobre un mismo ciudadano van a ejercer sus competencias simultáneamente las Administraciones municipal, provincial, autonómica, estatal y comunitaria. El mismo ciudadano también será el que con los impuestos las dote a todas de financiación, con independencia de cual sea la que recaude, por la asimetría que se produce entre el poder impositivo y el poder de gasto, de manera que mientras todas gastan, la recaudación puede centralizarse en una, en mayor o menor medida. Ello motiva que, junto a las relaciones administrativas en sentido estricto, se den relaciones financieras que constituyen un subgrupo con caracteres diferenciados. Entre ambos tipos de relaciones no hay que ver dicotomía, sino más bien la doble vertiente de una única relación jurídica, cuya regulación se contiene en disposiciones distintas, aunque no incompatibles, sin perjuicio de que el predominio pueda ser de la vertiente administrativa, en sentido estricto, o de la financiera.

La regulación de las relaciones administrativas o, si se prefiere, de la primera vertiente se contiene en la LRJ-PAC, cuyo título I se intitula precisamente «De la Administraciones Públicas y sus relaciones», aplicable directamente al Estado y a las Comunidades Autónomas, y supletoriamente a las entidades locales, en sus relaciones recíprocas, y, en segundo lugar, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL), cuyo capítulo II, del título V, lleva por título «Relaciones interadministrativas», aplicable siempre que la relación se establezca con una entidad local.

Las relaciones financieras, por su parte, se regulan en leyes que se integran en un bloque normativo distinto, el Derecho financiero: Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA); Ley 22/2001, de 27 de diciembre, Reguladora de los Fondos de Compensación Interterritorial (LFCI); Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP);

⁷ Para apreciar la importancia cuantitativa y difusión de estos convenios baste considerar los datos que se contienen en el «Informe sobre los convenios de colaboración Estado-Comunidades Autónomas tramitados durante 2006», del Ministerio de Administraciones Públicas. Según dicho documento, el número total de convenios inscritos en el Registro General de Convenios, a la fecha de cierre del Informe (mayo de 2007), era de 10.098, registrándose cada ejercicio aproximadamente 900 convenios nuevos.

Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (TRLHL); Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS)... Las relaciones de esta naturaleza no han recibido un tratamiento unitario en el ordenamiento jurídico, lo que es consecuencia obligada de las distintas causas a las que pueden obedecer. En una primera aproximación, en el análisis de estas relaciones cabe distinguir:

– Un primer grupo, bien definido, que comprende las transferencias que tienen por finalidad la financiación global de la actividad legalmente encomendada a la entidad pública perceptora, dentro de las cuales las más significativas son las que derivan del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y entidades locales o de recursos adicionales a dicho sistema (Fondos de Compensación Interterritorial, participación en ingresos...).

– Un segundo grupo sería el constituido por las subvenciones en sentido estricto que una Administración puede establecer en favor de otra.

– Un tercer grupo, dentro del cual se encuentran las que derivan de la realización conjunta de actuaciones por distintas Administraciones, entre las que se han de incluir, entre otras, las subvenciones gestionadas (art. 86 de la LGP) y las destinadas a la realización de planes y actividades conjuntos (art. 7 de la LRJ-PAC)

– El cuarto y último sería aquel cuya causa radica en relaciones contractuales en sentido estricto.

Pues bien, en este complejo panorama de relaciones entre Administraciones, desde la perspectiva que ahora nos interesa, pueden diferenciarse dos tipos: uno, constituido por las que tienen un origen estrictamente legal, en las que las actualizaciones administrativas son meros actos de aplicación de la Ley, como es el caso de las comprendidas en el grupo primero anterior, y otro, en el que las relaciones nacen de decisiones de una o varias Administraciones. A su vez, dentro de las de este segundo tipo, siguiendo la doctrina constitucional, pueden diferenciarse dos subtipos: de coordinación y de colaboración. En efecto, el Tribunal Constitucional, tras señalar que ambas «son consustanciales al Estado de la Autonomías» (STC 132/1998, de 18 de junio, f. j. 10^º), señala en línea con lo indicado:

«Este Tribunal ha distinguido entre coordinación y cooperación, declarando al respecto... la diferencia existente entre las técnicas de cooperación y las de coordinación –voluntariedad en la primera frente a imposición en la segunda–...» (STC 331/1993, de 12 de noviembre, FJ 5^º).

Este elemento diferenciador es, según el criterio del Tribunal Constitucional, sumamente relevante, como se desprende del siguiente pronunciamiento:

«En nuestra doctrina hemos conectado la cooperación con la idea de la voluntariedad y la coordinación con la de la imposición. Así, hemos dicho que “la voluntariedad en el caso de la cooperación frente a la imposición en la coordinación es, por sí mismo, un elemento diferenciador de primer orden”, lo que explica y justifica que, desde la perspectiva competencial, distintas hayan de ser las posibilidades de poner en práctica unas y otras fórmulas» (STC 194/2004, de 10 de noviembre, FJ 9º).

A partir de esta clasificación el convenio de colaboración se nos presenta como el principal instrumento para canalizar las relaciones voluntarias de cooperación, aunque no único, pues también revisten carácter voluntario las relaciones contractuales y las que tienen su origen en acuerdos o resoluciones que, adoptadas por una Administración, se aceptan por otra, como podrían ser ciertas subvenciones. Ciñéndonos al convenio, en su regulación cabe distinguir, junto al marco común a todo convenio de colaboración, ya estudiado, unos aspectos que son inherentes a todo convenio interadministrativo (competencias, procedimiento...) y otros específicos, que dependerán del tipo y contenido de la colaboración.

Como normativa común del convenio entre Administraciones Públicas hay que mencionar el artículo 6 de la LRJ-PAC, en el que se indican las especificaciones que debe contener y se contiene una regulación muy esquemática de su posible contenido, y la Disposición adicional 13ª de esta misma Ley, que se ocupa de sus aspectos formales. De acuerdo con la última disposición citada: *«En el ámbito de la Administración General del Estado, los titulares de los Departamentos ministeriales y los Presidentes o Directores de los organismos públicos, vinculados o dependientes, podrán celebrar los convenios previstos en el artículo 6, dentro de las facultades que les otorga la normativa presupuestaria y previo cumplimiento de los trámites establecidos, entre los que se incluirá necesariamente el informe del Ministerio o Ministerios afectados. El régimen de suscripción de los mismos y, en su caso, de su autorización, así como los aspectos procedimentales o formales relacionados con los mismos, se ajustará al procedimiento que reglamentariamente se establezca.»* Al día de hoy está pendiente el desarrollo reglamentario previsto, motivo por el cual continúa aplicándose el Acuerdo de Consejo de Ministros de 2 de marzo de 1990, modificado por el de 3 de julio de 1998, sobre convenios de colaboración con Comunidades Autónomas. Por su parte, el apartado 2 del artículo 4 de la LCSP, antes considerado, entra en otros aspectos que se sitúan más allá de lo formal, aun cuando, como hemos indicado, su regulación es subsidiaria.

Pero, a partir de tan reducido marco, se impone la necesidad de dar un paso más y determinar la normativa específica, de aplicación preferente, y que es variable según el tipo de convenio. Ahora bien, en esta tarea no es posible tomar como única referencia su objeto dadas las variadas finalidades en que se emplea. Como afirma Martín Huerta P., «las Administraciones y entes, con el pretexto de la flexibilidad que permite este novedoso instrumento jurídico, lo utilizan con las más variadas finalidades (realizan una obra en común, instrumentan planes conjuntos, transfieren fondos de unas a otras, trasladan el ejercicio competencial, crean órganos y personas jurídicas e incluso comprometen el ejercicio de su potestad normativa), pero sin una conciencia exacta de sus límites, ni siquiera del alcance de la juridicidad de sus compromisos»⁸. Pese a ello si, junto a la regulación de ciertos tipos en la legislación administrativa, atendemos a la unidad que imprime la regulación de la vertiente financiera, consideramos que podría establecerse una tipología de convenios que podría servir de referencia para abordar una cuestión crucial en estas relaciones voluntarias, que no es otra que la aplicación de los principios de objetividad e igualdad entre Administraciones receptoras de fondos procedentes de los presupuestos de otra Administración, que normalmente procederán de la Administración General del Estado o de las Administraciones autonómicas si las receptoras son las entidades locales.

2.1.1. Convenios para actuaciones conjuntas

Estos convenios tienen por objeto realizar actuaciones en las que dos o más Administraciones tienen competencias materiales concurrentes, amén de interés en concertarse. En el estudio de su régimen jurídico específico es necesario diferenciar los casos en los que la concertación se produce entre el Estado y distintas Comunidades Autónomas, por ser de interés las actuaciones para todas o al menos para varias de ellas, y aquellos otros casos en los que la actuación sólo interesa al Estado y a una Comunidad en particular.

De los primeros se ocupa el artículo 7 de la LRJ-PAC, precepto que será de aplicación en los casos en que el Estado y distintas Comunidades Autónomas deciden acometer, como se deduce del epígrafe del artículo, un programa o plan conjunto, debiendo constar en el convenio los respectivos compromisos financieros. Ahora bien, a partir de unas competencias concurrentes caben diversas formas de actuación:

⁸ MARTÍN HUERTA, P.: Ob. cit.

a) Cada Administración realiza unas actuaciones distintas, aunque en coordinación con las otras, con cargo a su propio Presupuesto. Éste será el caso más simple de actuación conjunta.

b) La actuación a realizar es única, pero se financia conjuntamente por el Estado y las Administraciones autonómicas y se gestiona normalmente por la Comunidad, aunque nada impide que la gestión sea estatal. La Administración gestora recibirá parte de la financiación de la otra.

Cabe que, en el marco de las competencias propias, se otorguen por cada una de las que se conciertan subvenciones a terceros, ateniéndose a las exigencias de la LGS, o que se adjudiquen contratos, atendiendo a la LCAP. Si se otorga conjuntamente una subvención en la formalización de la colaboración será aplicable el artículo 5.2 de la LGS, y en su relación el artículo 6 del Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (RLGS), y si se financia conjuntamente un contrato, que se gestiona por una sola Administración, será aplicable el artículo 93.5 de la LCSP. En ambos casos se tratará de actuaciones propias de la fase de ejecución de lo convenido. También cabe que una Administración, en el marco de sus competencias, encargue a la otra la realización de una actuación propia en virtud de una encomienda de gestión. La financiadora será la Administración encomendante, siendo de aplicación el artículo 15 de la LRJ-PAC.

Como es fácil apreciar, en el artículo 7 de la LRJ-PAC se prevén dos niveles de actuación. El primero, a cargo de las conferencias sectoriales, a las que corresponde la iniciativa, tendrá por objeto acordar la realización de los planes o programas, la aprobación de su contenido, así como el seguimiento y evaluación multilateral de su puesta en práctica. En el segundo nivel, la Administración General del Estado suscribirá el convenio de colaboración con cada Comunidad para la concreción de aquellos extremos que deban ser especificados de forma bilateral.

Si las competencias no fueran concurrentes no cabrá seguir este cauce, que tampoco podría prestar cobertura a actuaciones bilaterales al margen de los acuerdos de la correspondiente conferencia sectorial. No obstante, aunque no con amparo en el artículo 7 de la LRJ-PAC, sino en la doctrina constitucional y en la normativa común antes mencionada, la Administración General del Estado y una Administración autonómica pueden también suscribir convenios bilaterales de colaboración cuando se trate de acometer actuaciones de interés

exclusivo de una Comunidad y de la Administración del Estado. El convenio no supondría en este caso una financiación adicional y singular de la Comunidad, ya que el gasto estatal se realiza en el ejercicio de competencias materiales propias. Valga como ejemplo lo previsto en la LCSP en relación con las concesiones de obra pública. A tenor del artículo 236.3 de dicha Ley, la construcción de la obra pública, objeto de una concesión, podrá ser financiada con aportaciones de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente en los términos que se contengan en el correspondiente convenio. Por razones de competencia territorial la Administración autonómica podrá ser una sola.

2.1.2. Convenios en los que la Administración General del Estado financia actuaciones (excluidas subvenciones a terceros) en las que otra Administración tiene las competencias de ejecución

Estaríamos ante subvenciones de una Administración a favor de otra, por cuanto se encuadran en el concepto de subvención del artículo 2 de la LGS, en el que expresamente se contempla que la destinataria de la subvención puede ser una entidad pública o privada. Más explícitamente, el artículo 2 del RLGS establece que será de aplicación la Ley General de Subvenciones y el presente Reglamento a *«los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones Públicas, en los que únicamente la Administración Pública beneficiaria ostenta competencias propias de ejecución sobre la materia, consistiendo la obligación de la Administración Pública concedente de la subvención en la realización de una aportación dineraria a favor de la otra u otras partes del convenio, con la finalidad de financiar el ejercicio de tareas, inversiones, programas o cualquier actividad que entre dentro del ámbito de las competencias propias de la Administración Pública destinataria de los fondos»*. En consecuencia, será aplicable en estos supuestos la LGS y el RLGS con las escasas peculiaridades que en estas disposiciones se establecen cuando la destinataria de la subvención es otra Administración y de las especialidades que derivan del artículo 86.1 de la LGP. En éste se establece que *«los créditos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado destinados a la financiación de sectores, servicios, actividades o materias respecto de los cuales las Comunidades Autónomas tengan asumidas competencias de ejecución y no hayan sido objeto de transferencia directa en virtud de dicha Ley, habrán de distribuirse territorialmente a favor de tales Comunidades Autónomas mediante normas o convenios de colaboración que incorporarán criterios objetivos de distribución y, en su caso, fijarán las condiciones de otorgamiento de las subvenciones, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de este artículo»*.

El recurso al convenio, en lugar del procedimiento de concurrencia competitiva, que es el que reviste carácter ordinario en la concesión de subvenciones según la LGS (art. 22), no implica excepción alguna en cuanto a los principios que rigen la concesión según el artículo 8 de dicha Ley: publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, así como en el artículo 4.2 de la LCSP respecto de los convenios. La consecuencia es clara: ni la Administración General del Estado puede elegir libremente las Comunidades Autónomas o las entidades locales beneficiarias, ni las Comunidades Autónomas pueden elegir libremente a las entidades locales. El amparo legal para el empleo del convenio como instrumento ordinario de canalización de subvenciones nos lo brinda el propio artículo 86.1 de la LGP y la LRJ-PAC, cuyo artículo 6 prevé que *«la Administración General y los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma podrán celebrar convenios de colaboración con los órganos correspondientes de las Administraciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias»*. Por su parte, la LRRL (art. 57) nos dice que *«la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las Leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o convenios administrativos que suscriban»*.

Excepcionalmente cabrá la concesión directa de estas subvenciones, pero sólo en los supuestos contemplados en el artículo 22.2 de la LGS o, en su caso, en normas específicas de rango legal.

2.1.3. Convenios en los que la Administración General del Estado financia subvenciones a terceros a gestionar por las Comunidades Autónomas en ámbitos que caen dentro de sus competencias materiales

Estas subvenciones, respecto de las que existe una amplísima jurisprudencia constitucional, se caracterizan por ser subvenciones establecidas por el Estado y financiadas con cargo a su Presupuesto, pero en ámbitos que caen bajo las competencias materiales de las Comunidades Autónomas, de ahí que su gestión y administración compete a éstas, y no a la Administración General del Estado (AGE), aun cuando los recursos sean de origen estatal. No se trata, por tanto, de subvenciones a favor de Comunidades Autónomas, como en el caso anterior, sino a favor de terceros, aunque gestionadas por éstas.

En su gestión se dan también dos niveles. El primero, que no se rige por la legislación de subvenciones (art. de la 2. RLGS), se ajusta

a los mismos criterios del supuesto anterior, siendo de aplicación, además del apartado 1, el resto del contenido del artículo 86 de la LGP. La distribución se acuerda en conferencia sectorial y se requiere, por tanto, participación de las Comunidades Autónomas en la distribución de los créditos, participación que no será meramente consultiva, sino determinante [STC 68/1996, de 18 de abril (FJ 9)]. En el segundo nivel, la Comunidad Autónoma gestiona las subvenciones de conformidad con la legislación subvencional, informa a la Administración General del Estado de la aplicación de los fondos y devuelve los remanentes o, en su caso, los compensa con las subvenciones del próximo ejercicio.

El instrumento habitual para la canalización de estas subvenciones es el convenio de colaboración, aunque su empleo no reviste carácter necesario. La LGP se refiere a «normas o convenios», y para el Tribunal Constitucional el convenio puede utilizarse en cualquier caso, siempre que se suscriba de forma voluntaria, pero si se trata de competencias «plenamente exclusivas de las Comunidades Autónomas» «no podría ni siquiera condicionarse esa transferencia de fondos a la firma de un convenio». Por el contrario, si tanto el Estado como las Comunidades Autónomas ostentan competencias normativas sobre la materia a la que las subvenciones se refieran, el Estado podrá establecer sus condiciones hasta donde llegue su competencia «mediante un convenio-programa, supeditando la transferencia de los fondos a las Comunidades Autónomas a la firma del convenio correspondiente» (STC 13/1992, FJ 10).

Cabe concluir, por tanto, que en el ámbito de las «subvenciones gestionadas» a la conferencia sectorial se le ha asignado una misión específica: acordar los criterios de distribución y la distribución resultante entre las distintas Comunidades Autónomas; derivando el convenio a una misión que pudiera calificarse de complementaria: encauzar las relaciones bilaterales entre el Estado y cada una de las Comunidades Autónomas, dentro del marco de los acuerdos de la conferencia sectorial o, en su caso, de los convenios de conferencia sectorial.

Como conclusión que se extrae tanto del marco jurídico común como del aplicable a los distintos tipos de convenios examinados hay que destacar que este instrumento, en la medida en que suponga financiar competencias autonómicas, no debe implicar privilegios de las Administraciones perceptoras a la hora de acceder a los recursos de la Administración territorial de nivel superior que financia las actuaciones y que la distribución debe hacerse con criterios objetivos y, por lo general, con la participación de éstas. Por el contrario, si la fi-

alidad del convenio es instrumentar la actuación conjunta de dos Administraciones, cada una de las cuales financia actividades que caen bajo su respectiva competencia, la situación no cabe calificarla de discriminatoria con respecto a otras Administraciones.

2.2. Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y personas sujetas al derecho privado

Al segundo de los tipos de convenios mencionados se refiere la LCSP en el párrafo d) del artículo 4, dentro del que se comprenden «*los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales*». Si se compara esta párrafo con el artículo 3.1.c) del TRLCAP se aprecia que el ámbito y condiciones de la exclusión son las mismas en la nueva Ley que en la anterior.

Pues bien, delimitado el ámbito de estos convenios, tanto el subjetivo (han de celebrarse con personas sujetas al derecho privado) como el objetivo (su objeto no podrá estar comprendido en el de los contratos del sector público) resta por determinar cuál sea el régimen jurídico que les es aplicable, más allá del mínimo marco común a todo convenio al que nos hemos referido con anterioridad.

De entrada, su razón de ser es bien distinta de la que ha dado lugar a los primeros. Si la de aquéllos había que buscarla en la necesidad de dar cauce a las relaciones entre la pluralidad de Administraciones Públicas que actúan sobre unos mismos ciudadanos y sobre un mismo territorio, la que ha dado lugar al nacimiento e impulso de los convenios con particulares es otra. El ordenamiento administrativo está construido, nos dicen E. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández⁹, a la medida de una Administración que manda y se impone. Esta concepción ha sido válida en tanto la Administración ha reducido su actividad a la salvaguarda del orden público y a la prestación de unos pocos servicios públicos. Mandar y sancionar a través de decisiones unilaterales y ejecutorias, sistema plenamente eficaz cuando se trata de imponer el orden y asegurar el respeto a la Ley, es insuficiente, sin embargo, para polarizar las energías sociales en orden a la consecución de los objetivos propuestos en los planes económicos. El acto unilateral asegura eficazmente la sumisión, pero es

⁹ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I. Thomson Civitas, 2006. pág. 680.

incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración. La proliferación de conciertos económicos, contratos-programa, convenios fiscales, contratos o «cuasicontratos», según la imprecisa y equívoca terminología francesa, aún imperfectamente manejados, acierta, pues, a expresar una necesidad real; la Administración, hecha para mandar, necesita imperiosamente negociar, una vez descubierto que con poder mandar no basta en muchos casos. Necesita para conseguir sus fines la vía de nuevas adhesiones y colaboraciones voluntariamente prestadas.

Ciertamente, las normas específicas reguladoras de estos convenios pueden ser variadas, como variados son sus fines y su objeto, y por tanto no cabe su estudio singularizado. No obstante, la remisión que a sus normas específicas hacen los artículos 4.2 de la LCSP y 88 de la LRJ-PAC suscita una cuestión de interés, y es si en dichos preceptos se está exigiendo la existencia de normas habilitantes para la celebración. El problema se plantea por cuanto frente a la expresa habilitación para recurrir al convenio en el ámbito de las relaciones entre Administraciones Públicas (arts. 6.1 de la LRJ-PAC y 57 de la LBRL) no existe una previsión similar respecto de los convenios con sujetos privados.

La conclusión que extraen de las dos disposiciones citadas algunos autores puede resumirse así, con palabras de E. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández¹⁰: «La aplicación del régimen de “conciertos” en sustitución del ejercicio unilateral de los poderes públicos para convenir con los destinatarios su extensión concreta sólo puede emprenderse en virtud de habilitaciones legales específicas, allí donde las circunstancias particulares permitan estimarlo positivo. Si esas habilitaciones legales específicas no existiesen, la utilización de un convenio supondría derogar una reglamentación imperativa en beneficio de un particular, lo cual no resulta jurídicamente posible.»

Sin embargo, no cabe olvidar los términos en que la LCSP autoriza, sin restricción alguna, a los entes del sector público para celebrar, junto a los contratos tipificados, «otros contratos» que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales (art. 22 de la LCSP), y la amplia libertad que les otorga para incluir «cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que sean necesarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena gestión financiera». Esa libertad de pactar responde a un principio cuya aplicación no hay por qué restringir a los contratos en sentido

¹⁰ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho Administrativo*, I. Thomson Civitas, 2006. pág. 682.

estricto. Por ello sostenemos¹¹ que estos preceptos de la legislación contractual constituyen título habilitante para la celebración, sin necesidad de que ésta se confiera caso por caso por normas específicas, salvo que se trate de convenios que impliquen la concesión de ayudas singulares, o, en general, un trato privilegiado a determinadas entidades o ciudadanos, es decir, cuando por su propia naturaleza excepcionen el principio de igualdad ante la ley. Pero esto no es inherente al convenio.

De otra parte, aunque no es posible hacer una tipificación de convenios con entidades privadas similar a la realizada con los que se suscriben entre entidades públicas por la heterogeneidad de sus normas específicas, sí que es posible apreciar una regulación que afecta a un importante grupo de ellos en la cual la laguna legal ha quedado salvada. Nos referimos a aquellos que tienen por objeto canalizar subvenciones a los beneficiarios directamente o a través de entidades colaboradoras.

El convenio se utilizó frecuentemente en el pasado para canalizar las medidas de fomento. De hecho, nace en el marco de la «acción concertada», cuyo nacimiento se fija en la Ley de 28 de diciembre de 1963, que aprobó el primer Plan de Desarrollo Económico y Social. Sin embargo, en la actualidad la LGS establece que el procedimiento ordinario de concesión de subvenciones es la concurrencia competitiva, que finaliza con una resolución, es decir, con un acto unilateral, aunque necesitado de aceptación. Desde este ángulo se completa la delimitación negativa del convenio efectuada por la LCSP al quedar excluidos aquellos negocios o relaciones jurídicas que tengan por objeto canalizar subvenciones. Pese a ello, siguen siendo muy numerosos en la práctica los convenios que se suscriben con esta finalidad, pues con frecuencia disposiciones legales de carácter sectorial habilitan a la Administración para recurrir a este instrumento y la propia LGS lo considera el habitual para canalizar las subvenciones nominativas (art. 22.2 de la LGS) y para formalizar las relaciones con entidades colaboradoras (art. 16 de la LGS). Con respecto a éstos se contiene en la legislación de subvenciones, Ley y Reglamento, una regulación detallada, pero además dicha legislación será también aplicable como normativa específica, y por tanto preferente, a las subvenciones que se otorguen vía convenios en virtud de habilitaciones legales específicas,

¹¹ Véase en este mismo sentido el «Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos en los años 2004 y 2005 por los Ministerios de Fomento y de Sanidad y Consumo con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas con fecha 24 de abril de 2008.

excepto en lo que se refiere a los trámites específicos del procedimiento de concurrencia competitiva que resulten incompatibles con la tramitación del convenio. Como ha precisado el artículo 2.1 del RLGS lo previsto en la Ley General de Subvenciones, así como en el Reglamento, será de aplicación a toda subvención cualquiera que sea la denominación dada al acto o negocio jurídico del que se deriva la disposición dineraria.

Otra importante cuestión que origina frecuentes conflictos, pues tras ella se esconde la determinación del bloque normativo aplicable, es la delimitación entre los compromisos financieros asumidos en virtud de convenios que deben calificarse de subvención y aquellos que deben considerarse gasto real, pues la frontera entre ambos no siempre es nítida. El criterio para su delimitación no parece que deba ser otro que la titularidad de los resultados de la colaboración. Si los resultados obtenidos son del sujeto privado nos situaríamos en el campo de la subvenciones y, por tanto, la tramitación y condicionantes serían los establecidos en la legislación subvencional. En caso contrario estaríamos ante un gasto real. También este criterio delimitador se formula en el RLGS cuando dispone que, en particular, será de aplicación la Ley General de Subvenciones y el presente Reglamento a los convenios de colaboración por los que los sujetos concedentes asumen la obligación de financiar, en todo o en parte, una actividad ya realizada o a realizar por personas sujetas a derecho privado y cuyo resultado, material o inmaterial, resulte de propiedad y utilización exclusiva del sujeto de derecho privado [art. 2.3 a)].

Muy incompleto quedaría este análisis si no hiciéramos una referencia a las lagunas legales más significativas a las que se enfrenta la Administración a la hora de formalizar estos convenios y a la forma de salvarlas. En este punto creemos obligado echar una mirada a los resultados de la fiscalización del Tribunal de Cuentas antes mencionada, con cuyos criterios habrá que contar en el futuro si se quiere dotar de seguridad y claridad esta modalidad de actuación administrativa. Como punto de partida comienza reconociendo el Tribunal que el marco jurídico de los convenios de colaboración en la Administración General del Estado (no así en algunas Comunidades Autónomas) es claramente insuficiente, lo que provoca constantes dudas y lagunas, tanto en los gestores públicos como en el desarrollo del control de legalidad (conclusión primera). Muestra de esta insuficiencia y de la escasa virtualidad de la remisión a los principios contractuales que se hace en el artículo 4.2 de la LCSP (anterior art. 3.2 de la LCASP) puede ser la constatación que se recoge en las conclusiones segunda y tercera: en ninguno de los convenios examinados en la

fiscalización constaba que se hubieran realizado actuaciones tendentes a promover la concurrencia de sujetos distintos de aquellos con los que los convenios se suscribieron, por lo que no puede decirse que se apliquen los principios de publicidad y concurrencia que rigen en la contratación pública. Y, como observaciones de fondo, el Tribunal de Cuentas aprecia, como carencias generalizadas, la escasa especificación del objeto, realizándose descripciones muy genéricas de las actividades a realizar, sin el nivel de concreción suficiente para determinar con precisión su verdadero alcance y la adecuación a las mismas del importe de los fondos que aporta la Administración. En este aspecto llega a afirmar que, «a partir de los datos contenidos en los expedientes, no es posible conocer por qué se fija una determinada aportación y no otra superior o inferior, lo que reviste especial importancia al no existir una pluralidad de ofertas que permitan la depuración del precio». Tampoco merece especiales alabanzas la forma de justificación del gasto, que frecuentemente consiste en la presentación, por el sujeto privado, de la factura por el importe de la aportación financiera a cargo de la Administración, y sólo en algunos casos acompañada de los justificantes de los gastos en los que se ha incurrido en el desarrollo de la colaboración, por lo que la expresada factura, en principio, sólo es significativa de que el importe a satisfacer se corresponde con la aportación comprometida, pero no del costo soportado por ninguno de sujetos. Unido a lo anterior el hecho de que frecuentemente se utiliza este instrumento en casos en que lo procedente sería recurrir al contrato, creo que no puede sino compartirse la recomendación primera del Tribunal: en vista del creciente empleo de la figura del convenio de colaboración y de la manifiesta insuficiencia del marco legal en que se desenvuelve, se considera que esta laguna debería salvarse cuanto antes por la Administración General del Estado.

3. ENCARGOS A ENTES INSTRUMENTALES (ENCOMIENDAS DE GESTIÓN)

La segunda figura a considerar es la que el artículo 3.1.l) del derogado TRLCAP denominó encomienda de gestión, aunque sin ofrecer una definición de la misma. La nueva LCSP parece rehuir esta expresión, aunque la recoge en el artículo 24.6, pero sin adoptar este *nomen iuris* para todos los supuestos que regula en dicho artículo, y en el artículo 4.1.n), lo que permite despejar posibles dudas sobre el tipo de negocio u operación que se excluye: serán todos aquellos que puedan servir de vehículo del encargo. De acuerdo con el último precepto citado, la exclusión del ámbito de la LCSP se extiende a:

«n) 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 2ª 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 121.1 y 174.»

Lo que se excluye del ámbito de la LCSP en el precepto reproducido, en el fondo, no es otra cosa que la ejecución directa de obras, la fabricación de bienes muebles o la ejecución de servicios con medios propios en los casos en que el encargo se hace a una entidad instrumental del poder adjudicador. La novedad está no en la exclusión de la ejecución directa por la Administración, sino en atribuir la condición de medios propios a entes dotados de personalidad jurídica diferenciada cuando se den las circunstancias previstas en la Ley. De acuerdo con la doctrina *in house providing*, la encomienda no es un verdadero contrato, sino más bien una opción de la Administración encomendante a la hora de organizar sus propios servicios; en suma, la cuestión se reduce a una manifestación de su poder de autoorganización.

De conformidad con el artículo 24.6 de la LCSP, la exclusión del ámbito contractual puede afectar a encargos o encomiendas que se hagan a entes, organismos o entidades del sector público, incluidas sociedades, es decir, compañías mercantiles de capital público, y ello aunque su objeto coincida con el de alguno de los contratos regulados en la LCSP o en normas administrativas especiales y con independencia de su cuantía, siempre que se den las condiciones siguientes:

1. Si el encargo se hace a un organismo o entidad pública que no sea sociedad, que concurren, cumulativamente, las siguientes circunstancias:

– Que el poder adjudicador que realiza el encargo ostente sobre el organismo o entidad pública que lo recibe un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios.

La Ley aclara que, «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 fija-

das unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan». Ahora bien, el inciso «en todo caso» nos avisa de que caben otras situaciones de control distintas de la descrita¹².

– Y, además, que ese organismo o entidad destinatario del encargo realice la parte esencial de su actividad para los poderes adjudicatarios en cuestión.

Consecuentemente, *a sensu contrario*, no se consideran servicios *in house providing* los contratos entre una entidad territorial y un ente dependiente de un ente territorial distinto (STJCE de 11 de enero de 2005, asunto Stad Halle), pues no cabe un control sobre el encomendatario como el que recae sobre los propios servicios, que sería contrario a su autonomía.

2. Si el encargo se hace a una sociedad, además de las dos circunstancias anteriores, que la totalidad de su capital sea de titularidad pública.

Un caso singular se presenta si la titularidad es compartida por varias entidades públicas. La LCSP no exige que exista un solo organismo titular, sólo que la titularidad sea pública. Queda así refrendado el criterio mantenido por la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado que en la Instrucción 2/2005, de 21 de julio, mantenía que también era admisible la encomienda de gestión a una entidad o sociedad cuyo capital, siempre que sea exclusivamente público, pertenezca a varias Administraciones Públicas con competencias o fines concurrentes (sea mediante participación directa de esas Administraciones Públicas en el capital de la entidad o sociedad, sea mediante participación indirecta de las mismas en dicho capital) y sometida al control único y exclusivo, bien que conjunto, de dichas Administraciones Públicas. Una aplicación concreta de esta doctrina, que tiene el refrendo de la Sentencia del TJCE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/2005, la realiza la Disposición adicional 30ª de la LCSP al atribuir a TRAGSA y a sus filiales la consideración de medios propios instrumentales y servicios técnicos de la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los poderes adjudicadores dependientes de ellas.

Como conclusiones de la doctrina del TJCE recogida en la nueva regulación hay que destacar que no se consideran sociedades instru-

¹² En este sentido, PÉREZ CRESPO, B., y VALDIVIELSO CAÑAS, A.: «La Ley de Contratos del Sector Público. Novedades más relevantes», REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO, núm. 27, 2008.

mentales aquellas empresas públicas en cuyo capital participa una empresa privada, ni es suficiente la titularidad pública del capital. No todas las empresas públicas son medios propios, desde el momento en que no siempre existe el control análogo al que el poder adjudicador ejerce sobre sus propios servicios ni realizan la parte esencial de su actividad para el poder adjudicador¹³.

Pero la LCSP no se ha limitado a declarar la exclusión de su ámbito de estos negocios jurídicos, sino que ha establecido (arts. 4.2 y 24.6) un marco legal que, aunque reducido, en su lado positivo, ofrece una seguridad en el empleo que no ofrecía el TRLCAP:

– La condición de medio propio deberá reconocerse expresamente por la norma que lo cree o por sus estatutos. Dicha norma o estatutos deberán determinar el régimen de las encomiendas que se les puedan conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles.

– No podrán participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, medida orientada a preservar la competencia, de ahí que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

– 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 la LCSP. Esta medida puede evitar que por la vía de la contratación *in house* se sustraigan los contratos públicos a la normativa comunitaria sobre adjudicación, único extremo que le preocupa.

– Por último, señalemos que, aunque la rúbrica y parte del texto del artículo 24 de la LCSP hacen referencia a la «Administración», las previsiones del apartado 6 sobre el régimen de los contratos *in house* van claramente referidos a todo poder adjudicador, tenga o no carácter de Administración, como el propio tenor del precepto y su coherencia interna obligan a interpretar.

Ahora bien, aunque este marco legal supone un avance con relación al TRLCAP, no puede decirse que resuelva los problemas no sólo teóricos, sino, sobre todo, prácticos que el empleo de la contratación *in house* presenta en el ámbito interno. En efecto, como señalan Pérez Crespo, B., y Valdivielso Cañas, A., no evita el desplazamiento de los contratos públicos de naturaleza administrativa a contratos

¹³ En este sentido, GIMENO FELIU, J. M.: *La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria* (<http://www.peb.ub.es/idp/docs/ccaa/docs/encargo-de-prestaciones2005.pdf>).

públicos, pero de naturaleza privada, es decir, hacia un régimen jurídico privado de un gasto que, en principio, debía haber adoptado un revestimiento jurídico público, dado que los contratos que la entidad receptora de la encomienda deba realizar para cumplimentar los encargos pueden tener naturaleza privada, aunque el destinatario final de la prestación sea una Administración Pública, alimentándose desde el gasto de entidades administrativas el conjunto de contratos sujetos a derecho privado¹⁴. Pero, además del desplazamiento citado, con las menores garantías jurídicas que ello implica para el servicio público, subsisten lagunas, como la falta de criterios para la fijación de tarifas, que pueden ser negativas en orden a una gestión eficiente de los recursos públicos, quedando todo diferido al desarrollo reglamentario. Sobre este extremo, el Tribunal de Cuentas, en un informe de fiscalización sobre TRAGSA, empresa pública que puede considerarse típicamente instrumental, recomendaba con toda razón que ajustase sus tarifas «al coste efectivo de realización de las unidades de obra a ejecutar con recursos propios, en tanto que en actuaciones con un alto nivel de subcontratación debería considerarse la conveniencia de liquidar las unidades ejecutadas por terceros, en lugar de por tarifas, con arreglo a su coste efectivo de realización determinado por los precios que establece el mercado»¹⁵. Es obvio que unos excedentes obtenidos en virtud de un encargo realizado por cauces no competitivos objetivamente no son el mejor estímulo para una gestión austera de los recursos manejados, con independencia de que tales excedentes pertenezcan en último extremo a la Administración, en cuanto accionista único.

¹⁴ PÉREZ CRESPO, B., y VALDIVIELSO CAÑAS, A: Ob. cit.

¹⁵ Véase el «Informe de fiscalización de los ingresos y de los resultados obtenidos por la Empresa Nacional de Transformación Agraria, S. A. (TRAGSA), en los ejercicios 2001 y 2002», aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 17 de enero de 2008, en el que pone manifiesto en gran medida los problemas a los que aludimos. Como muestra reproducimos dos párrafos significativos: «En los casos en que se ha podido realizar la comparación entre los precios facturados por TRAGSA y el coste de las distintas unidades de obra ejecutadas por existir correspondencia entre la unidades de medición que figuraban en los justificantes de gastos y las unidades certificadas, tanto los precios de tarifa como los facturados específicamente para cada actuación (precios de proyecto) superaban, en general, el coste que representó para TRAGSA su ejecución o suministro, variando significativamente estos márgenes de unas unidades de obra a otras» (Conclusión sexta). «En las actuaciones analizadas de modo particular, con independencia de que la facturación se hubiese realizado mediante tarifas o precios de proyecto, los márgenes directos que reportaron a TRAGSA la mayoría de los encargos (entre el 9 y el 26 %) superaban el porcentaje aplicable por costes indirectos y de control de calidad en su caso, y en cuatro actuaciones los ingresos que generaron superaban en un 50 % los importes consignados por costes directos» (Conclusión séptima).

4. INCIDENCIA DE LA NUEVA NORMATIVA CONTRACTUAL Y LA FIGURA *IN HOUSE PROVIDING* EN LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN DEL ARTÍCULO 15 DE LA LRJ-PAC

Para terminar estas breves reflexiones sólo nos resta valorar en qué medida la nueva normativa contractual, en particular la regulación sobre encargos a entes instrumentales, ha incidido en la de las encomiendas de gestión contenida en el artículo 15 de la LRJ-PAC, asunto que tampoco se revela pacífico. Este artículo contempla las encomiendas de gestión entre órganos pertenecientes a la misma o distinta Administración cuyo objeto es la realización de actividades de carácter material, técnico o de servicios de la competencia de los órganos encomendantes sin que se transfiera ni la titularidad ni el ejercicio de la competencia.

Para algunos autores¹⁶ se trataría de dos figuras jurídicas de naturaleza distinta, pues, frente al carácter de mandato de obligado cumplimiento que reviste aquél, la encomienda del artículo 15 reviste carácter voluntario y la relación se establece entre órganos no sometidos a jerarquía. Los encargos son órdenes de servicio, actos unilaterales, tienen carácter obligatorio para el encomendado..., mientras que las encomiendas suponen acuerdo de voluntades. Otros, por el contrario, consideran que, junto a las exigencias del TRLCAP (ahora, LCSP), en los encargos a medios propios habrán de observarse las exigencias del artículo 15 de la LRJ-PAC¹⁷.

Pensamos que entre ambas regulaciones existen puntos de coincidencia junto a aspectos propios y específicos de cada una. Y son precisamente dichos puntos de coincidencia los que se han visto afectados por la nueva regulación contractual. En todos estos casos, la regulación por la LRJ-PAC habrá de aplicarse conjuntamente con la contenida en la LCSP en la medida que sea compatible y excluir su aplicación en la medida en que resulte incompatible, para lo cual habrá que considerar los distintos supuestos que pueden presentarse. En el artículo 15 de la LRJ-PAC se contemplan los tres siguientes:

1. Encomienda de gestión entre órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración.

¹⁶ Véase AMOEDO SOUTO, C.: «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de gestión y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas». *Revista de Administración Pública*, núm. 170/2006. En el mismo sentido, CRESPO, B., y VALDIVIELSO CAÑAS, A.: Cit.

¹⁷ En este sentido, la Instrucción 2/2005, de 21 de julio, de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

En este caso la encomienda deberá formalizarse en los términos que establezca su normativa propia y, en su defecto, por acuerdo expreso de los órganos o entidades intervinientes.

Pues bien, cuando el objeto de estas encomiendas coincida con el de los contratos regulados en la LCSP o en normas administrativas especiales habrán de considerarse sujetos a dicha Ley, a menos que les sea aplicable la figura de ejecución con medios propios. Aun cuando consideramos un exceso la apreciación de González Navarro¹⁸, para quien lo que la LRJ-PAC designa como encomienda de gestión constituye en unos casos un arrendamiento de obra y en otros un arrendamiento de servicios, no hay que descartar que encubra contratos, convenios o encargos a entes instrumentales.

2. Encomienda de gestión entre órganos y entidades de distintas Administraciones. En estos casos la LRJ-PAC dispone que la encomienda se formalizará mediante la firma del correspondiente convenio entre ellas, 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 regirá por la legislación de Régimen Local.

En tales supuestos la LCSP puede afectar a la LRJ-PAC por cuanto, al excluir aquélla de su ámbito (art. 4.1.c) los convenios interadministrativos, excepto cuando «por su naturaleza» tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley, *a sensu contrario* nos está diciendo que habrán de considerarse sujetos a la LCSP (y excluidos de la LRJ-PAC) aquellos cuyo objeto esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales. Nunca tendrán estas entidades la consideración de medios propios al pertenecer a distinta Administración.

3. En tercer lugar, el artículo 15.5 de la LRJ-PAC 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, si se hace a favor de personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, habrá de ajustarse a la legislación correspondiente de contratos del Estado. Esta previsión, tras la exclusión de la LCSP de los encargos a medios propios, queda modificada, pues si dichos medios son sociedades mercantiles no van a quedar sujetas a la legislación de contratos.

¹⁸ GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común» (obra conjunta con GONZÁLEZ PEREZ, F.) 4ª ed., Civitas, pág. 756.

Señalemos, por último, antes de concluir, que es frecuente en la doctrina administrativa sostener que los encargos o encomiendas a entes instrumentales no deben instrumentarse mediante convenios, sino mediante acuerdos administrativos. Pensamos que ninguna objeción puede formularse a que una encomienda se formalice en un convenio. Ambas vías no son incompatibles por cuanto su normativa propia no lo es e incluso, a veces, la contempla de forma expresa¹⁹. No son nada infrecuentes los casos en que disposiciones de diverso rango imponen el empleo de convenio para formalizar auténticas encomiendas o encargos a medios propios (art. 68 de la LGP, encargos para ejecución de infraestructuras en virtud del Real Decreto 2395/2004, de 30 de diciembre, etc.). Si partiéramos de un concepto legal o doctrinal claro y preciso sobre la figura del convenio podría darse una respuesta igualmente clara a la cuestión; pero, como sabemos, esto no es así.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO-DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO. Instrucción 2/2005, de 21 de julio.

AMOEDO SOUTO, C.: «El nuevo régimen jurídico de la encomienda de gestión y su repercusión sobre la configuración de los entes instrumentales de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006.

DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.: «Administración Pública y fundación privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 167, 2005.

¹⁹ DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.: «Administración Pública y fundación privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 167/2005, señala en este sentido que el precepto de la Ley de Contratos autoriza no sólo la suscripción de convenios interadministrativos, sino también intraadministrativos, cuando permite la celebración no sólo de convenios de colaboración entre las distintas Administraciones y las restantes entidades públicas, sino, además, de «cualquiera de ellos entre sí». «La expresión “cualquiera de ellos entre sí” –dice ÁVILA ORIVE– implica la comprensión de los convenios entre personas jurídicas unidas por la relación de instrumentalidad, incluyendo en el inventario todos aquellos que puedan celebrar las Administraciones Públicas con sus entidades instrumentales» (citada por DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I.). De tal guisa, el autor apunta al corazón del problema y descubre entre las posibilidades incorporadas al artículo 3.1.c) del TRLCAP la transposición de la encomienda de gestión contenida en el artículo 15 de la LRJ-PAC. Pues, en efecto, el legislador de la LRJ-PAC contempla la encomienda de gestión entre Administraciones Públicas distintas, así como entre órganos y entidades pertenecientes a la misma Administración, donde debemos entender incluida la presencia de los entes instrumentales, creados, precisamente, por la Administración como una extensión propia para actuar la eficacia de la gestión de sus servicios públicos.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón: *Curso de Derecho administrativo*, I. Thomson Cívitas, pág. 680, 2006.
- GIMENO FELIU, J. M.: *La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria* (<http://www.peb.ub.es/idp/docs/ccaa/docs/encargo-de-prestaciones2005.pdf>).
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (obra conjunta con F. González Pérez), 4ª ed., Civitas, pág. 756.
- LLISET BORREL, Francisco: «Los convenios interadministrativos de los entes locales», Civitas, *REDA*, núm. 67, 1990.
- MARTÍN HUERTA, P.: *Los convenios interadministrativos*. Ed. INAP. 2.000, págs. 41-42.
- MARTÍNEZ MENÉNDEZ, J. A.: «La fiscalización de los convenios». *Revista Cuenta con IGAE*, núm. 12, 2005.
- MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: *Informe sobre los convenios de colaboración Estado-Comunidades Autónomas tramitados durante 2006*, 2007.
- PÉREZ CRESPO, B., y VALDIVIELSO CAÑAS, A.: «La Ley de Contratos del Sector Público. Novedades más relevantes», *REVISTA ESPAÑOLA DE CONTROL EXTERNO*, núm. 27, 2008.
- SOSA WAGNER: «El empleo de recursos propios por las Administraciones locales», en *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, 2003.
- TRIBUNAL DE CUENTAS: *Informe de fiscalización de los convenios de colaboración generadores de gastos suscritos en los años 2004 y 2005 por los Ministerios de Fomento y de Sanidad y Consumo con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado*, de fecha 24 de abril de 2008.
- : *Informe de fiscalización de los ingresos y de los resultados obtenidos por la empresa nacional de Transformación Agraria, S. A. (TRAGSA), en los ejercicios 2001 y 2002*, de fecha 17 de enero de 2008.