

LEGALIDAD

José Joaquín Jiménez Vacas

Laura Morillas Padrón

Técnicos Superiores de Administración General

Comunidad de Madrid

Elvira Gallardo Romera

Letrada del Consejo de Estado

“Se promulgan demasiadas Leyes, se dan pocos ejemplos”.

Saint-Just, parcial de Robespierre, ante la Convención Revolucionaria

La figura del convenio administrativo en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y su tipología

RESUMEN/ABSTRACT:

Frente a un problema necesitado de solución urgente, caben dos actitudes: una, buscar la solución perfecta y cruzarse de brazos hasta que se da con ella. Y otra, buscar una solución posible, para ponerla por obra con los medios que se tenga más a mano, sin dilaciones.

Abordar este estudio ha comportado adoptar la segunda actitud, haciendo esfuerzo por analizar la acción convencional del Sector público: esa forma de actuar de tipo negocial en un ámbito, el ejercicio de potestades administrativas, tradicionalmente reservado a la actuación unilateral y a las regladas categorías tradicionales de acto administrativo, contrato y norma jurídica, tan nítidamente perfiladas por el Derecho.

El marco regulador del convenio administrativo, recogido por la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), tiene su pretensión declarada en convertir en Derecho positivo la práctica administrativa, elevando a rango de Ley básica las directrices dadas por el Tribunal de Cuentas en su famosa Moción a las Cortes Generales de 30 de noviembre de 2010, sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio por las Administraciones, definiéndolo como figura jurídica, diferenciándola de otras afines, y distinguiendo su tipología.

There are two possible attitudes to face a problem which needs to be urgently solved: you can try looking for the perfect solution to it and remain still until you find it or you can look for a possible solution and try it with the means you count on without further delay.

To tackle the present subject, the authors of this study have adopted the second attitude. They have made an effort to analyse the conventional activity of the Spanish Public Sector, that is to say, the dealing activity of the Public Sector, considering that the use of the administrative power has been traditionally reserved to the field of unilateral actions and the traditionally regulated categories of administrative act, contract and legal norm, which are clearly defined by Law.

The regulatory framework for the administrative agreement embodied in the 40/2015 Law on the Public Sector legal governing provisions, dated October 1, aims, in a veiled way, to turn administrative practice into positive law. It provides the guidelines set by the 2010 Motion of the Spanish Court of Auditors to the Parliament on the need for a suitable legal framework for public agreements, dated November 30, with the status of law. This law defines what administrative agreement is by providing it with a legal concept different from similar legal instruments, and sets up a typology of administrative agreements.

CONVENIO ADMINISTRATIVO, CONTRATO PÚBLICO, ENCOMIENDA DE GESTIÓN, TIPOLOGÍA DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS, CONVENIO INTER-ADMINISTRATIVO, CONVENIO INTRA-ADMINISTRATIVO, CONVENIO INTERNACIONAL
ADMINISTRATIVE AGREEMENT, PUBLIC CONTRACT, MANAGEMENT DELEGATION AGREEMENT, TYPOLOGY OF ADMINISTRATIVE AGREEMENT, INTER-ADMINISTRATIVE AGREEMENT, INTRA-ADMINISTRATIVE AGREEMENT, INTERNATIONAL AGREEMENT

PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

I. NATURALEZA Y NUEVA REGULACIÓN DE LA ACCIÓN CONVENCIONAL DEL SECTOR PÚBLICO

De la doctrina jurídica y la práctica administrativa puede deducirse, tiene naturaleza de acción convencional de la administración pública todo acuerdo vinculante de voluntades distinto de un contrato y de una encomienda de gestión, productor de efectos jurídicos entre los sujetos con personalidad jurídica propia que lo convienen, en pie de igualdad, habiendo de ser, al menos uno de ellos, una administración pública, concuriéndose con dicho acuerdo a un interés público común (Fernández y Jiménez, 2016).

El convenio, por lo tanto, resulta instrumento jurídico valioso para el Sector Público, de coparticipación con otros entes públicos, o bien con particulares, mediante la aportación de medios personales y/o materiales en atención a un interés (público) común. Se sitúa así, fundamentalmente, como herramienta al servicio de la necesaria colaboración entre Administraciones, o de éstas con los sujetos de Derecho privado, para implementar los principios de cooperación y lealtad institucional que presiden (que deben presidir) todas las relaciones entre lo público, así como los de participación y subsidiariedad de las relaciones con la sociedad civil.

Por su parte, si bien la regulación de la actividad administrativa bilateral contractual se ha ido desarrollando progresivamente, en atención al papel que ésta ha desempeñado en la práctica, no ha pasado igual con el convenio cuya regulación ha sido más bien escasa. En el Derecho español, el término convenio ha sido utilizado, frecuentemente, como concepto meramente descriptivo, que no pretende remitir a una precisa naturaleza jurídica, sino tan sólo expresar que en la formación de dicho acto intervienen voluntades concurrentes de dos o más sujetos. Se trata (se trataba, hasta ahora) de una figura de naturaleza discutible que, sin ser un contrato, se encuentra en la misma frontera de la contratación, se desenvuelve en medio de una considerable laguna legal y, en el plano de la práctica administrativa, presenta el riesgo de que los órganos de la administración pública recurran a su empleo obviando, al abrigo de la citada laguna, las exigencias de la contratación (Pascual García, 2016).

El nuevo marco regulador recogido en la LRJSP para los convenios, entre los artículos 47 y 53, referido a los adoptados por las Administraciones, entidades de Derecho público y Universidades públicas que los celebren entre sí, o con sujetos de Derecho privado; tiene su pretensión declarada en convertir en Derecho positivo la práctica administrativa en materia de convenios, elevando a rango de ley las directrices dadas desde el Tribunal de Cuentas.

Aunque quizá hubiera sido deseable que la nueva regulación definiera qué entender por ‘fin común’ en la definición de convenios que preceptúa, para evitar posibles situaciones confusas, la LRJSP establece (artículo 47.1) qué es convenio y distingue, con intención, su tipología (artículo 47.2). Procede hacer primero, entonces, estudio de concepto, para después hacerlo de la tipología dada por la nueva Ley a la figura.

II. DEFINICIÓN DE CONVENIO Y DIFERENCIA CON FIGURAS AFINES

El poder jurídico de realizar convenios administrativos deriva del principio de autonomía, entendido éste como aquél poder general garantizado por el ordenamiento jurídico a las Administraciones públicas para la gestión de sus respectivos intereses, según criterios de legalidad y oportunidad. El convenio se configura así, como una técnica jurídica más al servicio de los fines públicos y que puede ser empleada por la Administración para el ejercicio de sus competencias y potestades.

Conforme naturaleza de su institución, el convenio administrativo comporta acuerdo de voluntades vinculante que genera derechos y obligaciones entre partes y tiene contenido regulador entre ellas sin resultar, no obstante, una norma jurídica puesto que dicha regulación sólo produce efectos entre éstas y no frente a terceros.

Ni la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJA-PAC), ni la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), como legislación básica en que se establecía la sucinta regulación del convenio antes de la reforma, aportaban una definición o contenían una naturaleza de lo que debía entenderse por convenio administrativo.

Ateniéndonos exclusivamente al criterio doctrinal, podía definirse éste, como el negocio jurídico que resultaba del acuerdo de voluntades entre dos o más partes, una de las cuales al menos debía ser una administración pública, vinculándose éstas con el objeto de alcanzar un fin común de interés público (Toscano Gil, 2017).

El artículo 47.1 de la LRJSP establece, por primera vez, una definición legal básica de convenios administrativos, 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”. El fundamento de esta potestad se encuentra en la nueva regulación además, en la atribución de personalidad jurídica a la administración (artículo 3.4 de la LRJSP), de la que resulta su capacidad general, también para celebrar con-

venios. El artículo 48.1 de la Ley establece, por su parte, la habilitación legal expresa y genérica a las Administraciones para suscribir convenios, en ámbito de sus respectivas competencias y sin que ello pueda suponer cesión de la titularidad de las mismas.

Por su parte, la producción de efectos jurídicos es la nota distintiva del convenio frente a los Protocolos Generales de Actuación (artículo 47.1, segundo párrafo, de la LRJSP). Tampoco podrá ser calificado de convenio administrativo el acuerdo de voluntades que, atendiendo a su naturaleza, tenga la consideración de contrato sujeto a la Ley de Contratos (LCSP) o un acto que se fundamente en un mandato de una entidad pública sobre otra a la que controla (encomiendas de gestión) y no en un libre acuerdo de voluntades.

Así, siendo el convenio un negocio jurídico colaborativo, se trata de un negocio distinto del contrato (porque la LCSP así lo dice) pero que, sin embargo, se sitúa dentro del esquema general del contrato, como supra-concepto: el convenio es la aplicación de la 'contractualidad' (en sentido amplio), que encuentra en esta institución el instrumento adecuado para la función de colaboración. No obstante lo anterior, diferenciar sendas figuras jurídicas no resulta tarea sencilla. Doctrina y Jurisprudencia- muy especialmente la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, en los asuntos Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne (C-220/2005, de 18 de enero de 2007) o Azienda Sanitaria Locale di Lecce (C-159/2011, de 19 de diciembre de 2012)- han venido perfilando la delimitación entre una y otra institución, con una creciente inclinación hacia la figura del contrato.

La actividad administrativa bilateral se ha concentrado en las categorías de contrato y convenio. Así, la primera referencia jurídica a la figura del convenio, la encontramos en 1973, en una modificación de la Ley de Contratos del Estado de 1965, que ya relacionó, entre los negocios jurídicos de la administración que quedaban excluidos de la misma, los convenios de cooperación que celebre la administración con las corporaciones locales u otros entes de Derecho público, y los convenios que celebre la administración con particulares y que tengan por objeto fomentar la realización de actividades privadas de interés público.

De forma casi idéntica, la delimitación de los convenios de colaboración por el actual TRLCSP es fundamentalmente negativa. Allí en donde se den en efecto, las condiciones para que exista un contrato, no cabe convenio, y a partir de la definición de contrato que establece el artículo 2.1 del TRLCSP queda patente, entonces, que una ausencia de onerosidad o el que el negocio jurídico no esté sujeto al TRLCSP, serán circunstancias que nos podrán situar ante la figura jurídica del conve-

nio: la concepción onerosa de la contratación pública, que implica contraprestación o supone existencia de beneficio y/o gravamen recíproco para las partes, excluyen al convenio, negocio al que se presupone la existencia de una confluencia de intereses entre las partes. Así, comenta Bassols Coma (1977), "el contrato administrativo articula una colaboración para satisfacer las necesidades clientelares de la administración o para gestionar un servicio público, de tal modo que el contratista gestiona intereses de la administración y no los propios, y la administración ostenta facultades de supremacía y de dirección contractual".

En el convenio administrativo, sin embargo, por su naturaleza, los intereses han de resultar concurrentes y ninguna de las partes ostentará facultades de supremacía y de dirección situándose, todas ellas, en pie de igualdad. Mediante convenio, en definitiva, no se trata de abastecer a la administración de bienes o servicios, sino de administrar de otra forma, a partir de los beneficios de la acción consensuada: en el convenio no hay contraposición de intereses, sino objetivos comunes o compartidos. Por tanto queda eliminada la posibilidad de acudir a la figura del convenio en los casos en que exista una relación de carácter y contenido contractual.

En relación, por su parte, a los acuerdos, pactos o convenios que se mencionan por el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común, resulta claro que los finalizadores del procedimiento son una realidad distinta de la que venimos analizando pese a la igualdad de su denominación (Pascual García, 2016). En este sentido, resultan ilustradoras las palabras del Consejo de Estado en su dictamen 546/2006 al afirmar que "mientras un convenio de colaboración supone el comienzo de una relación jurídica entre la administración y un particular, el borrador de convenio que se examina tiene por misión poner fin a un expediente de reclamación promovido por el interesado".

El factor diferenciador de la encomienda de gestión con el convenio, será la naturaleza del negocio jurídico, que no es, en el caso de la encomienda de gestión, la de un acuerdo de voluntades adoptado en pie de igualdad entre las partes que conciertan sino la de un mandato jerárquico o cuasi jerárquico. Tampoco cabrá confusión entre el convenio y el encargo a medios propios, por cuanto esta figura se caracteriza por ser, también, un mandato o instrucción de una entidad sobre otra que depende de aquella, frente a la voluntariedad sustancial de la relación convencional.

Respecto a la cuestión, existe una intensa y constante aportación de la Jurisprudencia de la Unión Europea, hoy cristalizada en la exclusión que contiene el artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo

y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y que recoge el artículo 6 del proyecto de ley de contratos del Sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Así y si bien el objeto de un convenio puede ser la formalización de una encomienda de gestión (artículo 11.3.b de la LRJSP), una cosa será el convenio como instrumento, y otra la encomienda de gestión formalizada mediante el mismo en los casos en que así proceda, esto es, cuando la encomienda tenga lugar entre órganos o entidades de diferentes Administraciones (Toscano Gil, 2017). En la encomienda por tanto, no hay un verdadero convenio, entendiendo por tal un negocio jurídico bilateral. “A lo sumo, esta podrá ser calificada como acto administrativo unilateral o complejo, con la presencia de dos voluntades administrativas” (González Pequeño, 2016). Según este autor, la referencia al convenio en estos casos lo es a un convenio impropio, que funciona como instrumento formal de la encomienda, pero no como auténtico convenio.

III. TIPOLOGÍA DE LA ACCIÓN CONVENCIONAL DEL SECTOR PÚBLICO

Preceptúa la LRJSP que los convenios que suscriban las Administraciones públicas, los organismos públicos y las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes, y las Universidades públicas, deberán corresponderse con alguno de los siguientes tipos que a continuación vamos a analizar sucintamente (artículo 47.2).

Para González Pequeño (2016), se trata de un listado cerrado o tasado, por lo que podría hablarse de convenios administrativos ‘típicos’. En opinión de los autores (que compartimos con TOSCANO GIL, 2017), esto es discutible, dada la escasa repercusión jurídica que tiene en la propia ley básica la inclusión de un convenio en uno u otro tipo.

i. Convenios inter-administrativos

La proliferación de convenios entre Administraciones encuentra su causa o fundamento en la necesidad de coordinar las actuaciones de la pluralidad de actores públicos, propia de un Estado compuesto como España, cuyas competencias concurren frecuentemente en un mismo territorio y sobre unos mismos ciudadanos. Se genera así, la necesidad de convenir y colaborar, entendemos, cuando las competencias sobre determinada materia resultan compartidas y/o concurrentes, procediendo la coordinación para su realización, no siendo el convenio instrumento idóneo para atribuirles, pero

desempeñando un papel importante para delimitarlas, evitando la conflictividad.

Se puede definir convenio interadministrativo, en este contexto, como el negocio jurídico de Derecho público y carácter *intuitu personae* “en atención a la persona”, que celebran los entes públicos, en pie de igualdad, con el fin de satisfacer necesidades derivadas de la colaboración administrativa (Martín Huerta, 2000)

En su vigente definición legal, el artículo 47.2.a) de la LRJSP mantiene dicha esencia, estableciendo su concepto: son convenios interadministrativos los 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.

Así, si bien la Constitución Española de 1978 no reconoce, expresamente, capacidad a las Administraciones para celebrar convenios, encontramos el fundamento socio-político o constitucional para la celebración de los convenios interadministrativos en el deber de colaboración entre aquellas, acudiendo a la capacidad general de los sujetos públicos, en cuanto dotados de personalidad jurídica, para establecer relaciones jurídicas.

Fundamentándose en dicho principio de colaboración, la CE sí presupone la existencia de actividad convencional, y somete a ciertos límites (y controles previos) los convenios que puedan celebrar, por ejemplo, las Comunidades Autónomas entre sí (artículo 145).

La CE hace, por su parte, distribución de competencias entre las que se cuentan algunas compartidas y otras concurrentes, surgiendo un principio de colaboración, directamente relacionado con los principios de eficiencia y eficacia. En efecto, el artículo 103.1 impone a todas las Administraciones el deber de una actuación eficaz y coordinada. En fin, el principio de unidad que proclama el artículo 2 exige, asimismo, una actuación coherente de todas las Administraciones.

Sentado su fundamento socio-político, la fórmula por la que el convenio puede incidir en la distribución competencial entre los actores públicos, es interpretando la misma y designando las concretas funciones que corresponden a las partes sobre una materia concreta en que compartan o concurren competencias. Mediante convenio por tanto, no se puede incidir en el marco constitucional de distribución competencial, que constituye objeto indisponible.

ii. Convenios intra-administrativos

En su definición legal (artículo 47.2.b) de la LRJSP), son los firmados entre organismos públicos y entidades de Derecho público vinculados o dependientes de una misma administración. Por lo que procede deducir, no cabe la firma de un convenio por ejemplo entre dos Mi-

nisterios o entre dos Consejerías de la misma Comunidad Autónoma, esencialmente por el hecho de que no deben formalizarse como convenio documentos suscritos entre órganos carentes de personalidad jurídica. Así lo declara expresamente, por ejemplo, el artículo 2.3 del Acuerdo de 16 de octubre de 2003, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban criterios de coordinación de la actividad convencional de la Comunidad de Madrid. En tal caso, estaremos ante documentos de coordinación inter-orgánica de naturaleza distinta a la del convenio.

La siguiente cuestión que cabría plantearse sería la de un convenio entre administración territorial y uno de sus entes públicos vinculados o dependientes. Entes vinculados que, si bien sí cuentan con personalidad jurídica propia, desarrollan actividades derivadas de la propia administración territorial (que resulta ente matriz) en calidad de organizaciones instrumentales diferenciadas, pero tuteladas por aquella.

Como entes instrumentales satisfacen fines que no son propios, sino del ente que les tutela. Esta circunstancia citada da la clave e imposibilita que se cumpla una de las notas que se predica del convenio: que los sujetos que convienen se sitúen en pie de igualdad.

A diferencia de los entes primarios, que se rigen por el principio de generalidad y por el carácter potencialmente expansivo de sus fines, los entes instrumentales se rigen por el principio de especialidad y se constituyen para el desempeño de una función o conjunto de funciones delimitadas y específicas, fuera de las cuales, carecen de competencia para actuar (Santamaría Pastor, 1988). El fin o servicio para cuya gestión se crea el ente instrumental y sobre el cual pueden realizarse convenios es un fin, por tanto, propio del ente matriz, y cuya

titularidad y responsabilidad política mantiene éste. Ambos forman un complejo organizativo unitario que se manifiesta a través de la relación de “adscripción” y la relación entre ambos no es de dependencia jerárquica sino de dirección, lo que se manifiesta en la formulación de una política y de unos objetivos a alcanzar para cuyo desarrollo el ente dirigido goza de autonomía ejecutiva y operacional, pero siempre, no puede olvidarse, sometida a control del ente matriz.

La jurisprudencia contencioso-administrativa declara la falta de legitimación de los entes instrumentales, además, para impugnar los actos del ente matriz, lo cual puede resultar extensible al sistema de resolución de conflictos derivados de los convenios sobre la base de la inexistencia, entonces, de auténtica contraposición de intereses. El artículo 20.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 impide interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una administración a las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las comunidades autónomas o las entidades locales, respecto de la actividad de la administración de la que dependen, exceptuando aquellos a los que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha administración matriz.

Entonces, como se ha analizado ya, la figura jurídica que procede utilizarse para este tipo de supuestos será la encomienda de gestión, en tanto no se produce un acuerdo de voluntades adoptado en pie de igualdad entre las partes que conciertan sino, frecuentemente, la de un mandato jerárquico o cuasi jerárquico, del ente matriz al ente instrumental.



iii. Convenios con órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de derecho internacional

En clara manifestación de la voluntad legisladora de desarrollar un régimen completo en la materia, la LRJSP relaciona también los convenios no constitutivos ni de Tratado internacional, ni de Acuerdo internacional administrativo, ni de Acuerdo internacional no normativo, firmados con órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional que, según continúa el enunciado del artículo 47.2.d), estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes.

Lato sensu 'internacional', debe tenerse en cuenta la regulación de parte de la actividad convencional internacional del Estado recogida en la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTAI) que regula el Tratado internacional, el Acuerdo internacional administrativo y el Acuerdo internacional no normativo y su aplicación en España, amén los criterios doctrinales fijados para la distinción de los sujetos de Derecho internacional entre la multiplicidad de actores (ONG, empresas o individuos, entre otros) que intervienen junto con los Estados en la sociedad internacional actual, cada vez más compleja e interdependiente.

Tres son, entonces, las cuestiones que deben analizarse a este apartado: la delimitación subjetiva de este negocio, la objetiva y su régimen jurídico.

Respecto a la primera, las partes que formalizan este tipo de convenio administrativo son, de un lado, la Administración pública española, en el sentido amplio definido en el artículo 2.3 de la LRJSP e indirectamente señalado en la propia definición de convenio del artículo 47.1 y, de otro, un órgano, organismo público o ente de un sujeto de Derecho internacional. Por tanto, las administraciones públicas autonómicas y locales pueden, al igual que la estatal, suscribir este tipo de convenio. Ahora bien, ¿qué se entiende por sujeto de Derecho internacional?

Tradicionalmente, los Estados fueron los únicos sujetos de Derecho internacional hasta la irrupción de las organizaciones internacionales y el reconocimiento de su subjetividad internacional en el dictamen del Tribunal Internacional de Justicia de 11 de abril de 1949 (caso de la Reparación por daños sufridos al servicio de Naciones Unidas). El artículo 2.d de la LTAI engloba en la categoría de sujeto de Derecho internacional a los Estados, a las organizaciones internacionales y a otros entes internacionales que gozan de capacidad jurídica para celebrar tratados internacionales.

Para la delimitación de esos otros entes internacionales a los que se atribuye *ius ad tractatum* se ha de acudir a los que se consideran, con carácter general, requisitos de la subjetividad internacional, en parte referidos en el citado

dictamen del TIJ y por la doctrina, a saber: el ente debe ser destinatario de normas jurídicas internacionales, ha de incurrir en responsabilidad internacional si las incumple, estará legitimado para reclamar ante el incumplimiento de una norma jurídica internacional y participará en el proceso de elaboración de tales normas jurídicas internacionales (J.A. Carrillo Salcedo, citado en Casado Raigón, 2014 y M. Soerensen, citado en Pastor Ridruejo, 2016).

La concurrencia de estos requisitos se predica, además de Estados y organizaciones internacionales, del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Soberana y Militar Orden Hospitalaria de San Juan de Jerusalén, de Rodas y de Malta junto con la Santa Sede que son considerados, con carácter general, sujetos de Derecho internacional, los dos últimos, además, de tradición histórica.

En lo que afecta a la segunda cuestión, la delimitación objetiva de este negocio jurídico es, en esencia, negativa. Así, siguiendo el tenor literal de la LRJSP no serán convenios administrativos aquellos constitutivos de Tratado internacional, Acuerdo internacional administrativo o Acuerdo internacional no normativo, figuras reguladas en la LTAI. Diferenciamos, pues, dichos instrumentos de los convenios administrativos del artículo 47.2.d):

El Tratado internacional, de conformidad con el artículo 2 de la LTAI, y en línea con la definición dada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, a la que España se adhirió en 1972, es un acuerdo celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho internacional y que se rige por el Derecho Internacional. Núcleo de la competencia reconocida al Estado constitucionalmente en materia de relaciones internacionales (artículo 149.1.3º CE) es, precisamente, el *ius ad tractatum* o '*treaty-making power*' de forma que sólo al Estado le es dable concertar este tipo de acuerdo internacional como ha señalado, por otra parte, de forma reiterada, el Tribunal Constitucional (SSTC 137/1989, de 20 de julio y 153/1989, de 5 de octubre, entre otras). Por contra, el convenio que analizamos (LRJSP) tiene como partes, según se ha indicado, a una Administración pública (estatal, autonómica o local y organismos vinculados o dependientes) y a órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho internacional, rigiéndose por normas de Derecho interno de los Estados.

El Acuerdo internacional administrativo, siguiendo la LTAI, si bien lo celebran órganos, organismos o entes de un sujeto de Derecho internacional y, por tanto, además del Estado también pueden ser parte Comunidades Autónomas y Administración Local, se limita a ejecutar o concretar disposiciones de un tratado y, al igual que éste, se rige por el Derecho Internacional.

Finalmente, el Acuerdo internacional no normativo si bien lo celebran los mismos órganos, organismos y entes que el anterior y no se rige por las disposiciones del Derecho Internacional, contiene meras declaraciones de intenciones o compromisos de actuación de contenido político, técnico o logístico incumpléndose de esta forma una de las notas distintivas del convenio: la producción de efectos jurídicos. Este tipo de acuerdo se ha denominado, tradicionalmente, ‘Memorando de Entendimiento’ (acuerdo conocido por su sigla en inglés: MOU, ‘*Memorandum of Understanding*’).

Como última cuestión (su régimen jurídico), estos convenios no se rigen por las disposiciones del Derecho Internacional, es decir, no siguen los mecanismos que establecen las convenciones internacionales, la costumbre internacional o los principios generales del Derecho Internacional para su celebración, formalización, efectos y extinción, sino directamente les serán aplicables las disposiciones establecidas en el ordenamiento jurídico interno que determinen libremente las partes. No obstante, la elección del ordenamiento español afectará a la totalidad del convenio aplicándose, en tal caso, las disposiciones contenidas en la LRJSP.

iv. Convenios con sujetos de derecho privado

Para finalizar esta columna, abordamos esta singular tipología de convenios.

La “capacidad de convenir” con la administración, se muestra como una manifestación más de la capacidad de obrar ante la misma. Ciertamente, en tal contexto, que una aplicación literal del artículo 4.1.d) del TRLCSP nos llevaría a sostener la práctica imposibilidad de la existencia de convenios celebrados por administraciones con particulares ya que, si excluimos de convenio todo negocio que tenga por objeto la construcción de una obra, el suministro de cualquier clase, o la prestación de cualquier servicio, únicamente podría contemplarse como ámbito objetivo de este tipo de convenios: los urbanísticos, los de expropiación o los de responsabilidad patrimonial (Ortiz Mallol, 2000).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe Nº 3/1993), previene contra una interpretación tan estricta, que prive de contenido el ámbito objetivo de este tipo de convenios por considerar toda prestación concebible como objeto de contrato administrativo, ya que dicha interpretación, según afirma: llevaría a la conclusión de la imposible existencia de convenios de colaboración con personas de Derecho privado lo cual evidentemente, no ha sido la finalidad perseguida por el legislador”.

Así, la LRJSP regula como tipo, los convenios firmados entre una Administración pública u organismo

o entidad de Derecho público y un sujeto de Derecho privado (artículo 47.2 c).

Una primera cuestión a poner sobre la mesa, es la del carácter subjetivo: cuando la Ley habla de ‘sujeto de Derecho privado’, ¿refiere sólo a particulares o incluye también a las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones? Las entidades citadas no se mencionan, en efecto, expresamente en la LRJSP como posible parte en un convenio administrativo por lo que cuando, por ejemplo, un convenio se celebre entre entidades de Derecho privado, una vinculada al Sector público y la otra no: ¿estaremos ante un convenio administrativo (regido por la LRJSP), o ante un mero convenio entre sujetos privados?

El artículo 2 (ámbito subjetivo) de la LRJSP, establece que ésta “se aplica al Sector público que comprende: [...] d) el Sector público institucional”. Su apartado 2º añade que “el Sector público institucional se integra por: b) entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones, que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3 y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas”. Bajo dicho régimen es razonable concluir que en el supuesto planteado no estaríamos ante un convenio administrativo, sino ante un convenio entre privados. De esta forma, la expresión ‘sujetos de Derecho privado’ que emplea la LRJSP, ha de entenderse en sentido amplio, incluyendo también a las entidades de Derecho privado vinculadas o dependientes de la Administración.

Cuando la Ley exige, para que el convenio se encuadre en este tipo, que se celebre con “un sujeto de Derecho privado”, por tanto, será irrelevante que dicho sujeto pertenezca al Sector público o al privado, o que persiga fines de interés general o particular. Lo relevante será que esté dotado de personalidad jurídica y quede sometido al Derecho privado.

Sentado lo anterior, en la doctrina se ha defendido, frecuentemente y al respecto, que para poder suscribir convenios con personas particulares sujetas a Derecho privado, es menester que tal posibilidad esté prevista en las normas específicas (habilitadoras) correspondientes. De lo contrario, planteado convenio administrativo con un particular concreto podría resultar conculcado el principio de igualdad ante la Ley, otorgando virtud de un convenio, a dicho particular una ventaja competitiva ante la administración y sobre los restantes sujetos particulares.

Y si esas habilitaciones legales específicas no existiesen, la utilización de un convenio supondría derogar una reglamentación o normativa imperativa aplicable,

en condición de igualdad, a los sujetos de Derecho privado en beneficio de un particular concreto, lo cual no resulta jurídicamente posible.

En efecto, una derogación (singular o puntual) a través de un convenio, es decir, de un acuerdo de voluntades, de una reglamentación imperativa en beneficio de un particular concreto, no puede considerarse permitida por el ordenamiento jurídico. Por el contrario, la suscripción de convenios con particulares no supondría, necesariamente, que se exceptionara el citado principio de igualdad ante la ley, al menos si se abre la posibilidad de acceder al mismo convenio a cuantos se encontraran en la misma situación, o si el sujeto privado es seleccionado con arreglo a los principios contractuales (Pascual García, 2012). El Tribunal de Cuentas ha zanjado el tema, afirmando que: “no puede considerarse ajustada al ordenamiento jurídico, sin un adecuado respaldo legal, la suscripción de convenios con particulares que impliquen concesión de ayudas singulares o, en general,

un trato privilegiado a determinadas entidades o ciudadanos, por cuanto por su propia naturaleza exceptiona el principio de igualdad ante la ley. Por el contrario, si el convenio no implicara una situación de privilegio, podría ser defendible la no necesidad de norma habilitadora, siempre que en su instrumentación se respeten las restantes exigencias del marco legal aplicable”¹.

La voluntad de la Ley, cabe concluir, es que el ejercicio de las potestades administrativas se haga, de forma ordinaria, mediante actos unilaterales, y que el recurso al negocio bilateral deba estar amparado en una norma jurídica. Como se desprende de la amplitud con que las disposiciones legales de nuestro orden jurídico habilitan la celebración de convenios con sujetos de Derecho privado; en dicho instrumento, más que privilegios a favor de determinados particulares, hay que ver una forma de administrar alternativa a la del acto unilateral, con la cual lo que se busca es obtener mayor eficacia y favorecer la participación de la sociedad civil en los asuntos públicos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Abogacía del Estado (2016): *Novedades en el Procedimiento Administrativo y en el Régimen del sector Público*. Madrid: Lefebvre-El Derecho, S.A.

Bassols Coma, M. (1977). Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público. *Revista de Administración Pública* (82)

Casado Raigón, R. (2014). *Derecho Internacional*. Madrid: Tecnos.

Gosálbez Pequeño, H. (2016): ‘Los convenios administrativos’, en López Menudo, F. (Dir.): *Innovaciones en el procedimiento administrativo y común y el régimen jurídico del sector público*, Instituto García Oviedo, Sevilla.

Fernández Ajenjo, J.A. y Jiménez Vacas, J.J. (2016) “La fiscalización de los convenios de colaboración por los OCEX y por el Tribunal de Cuentas, como antecedente de la reforma de la LRJSP de 2015”. *Revista Auditoría Pública* nº 68 (2016), pp. 49 – 56

González Palomino, J. (1964). ‘Estudios jurídicos de arte menor’. Vol. I. Ed. Universidad de Navarra.

Martín Huerta, P. (2000). *Los convenios interadministrativos*. INAP.

Ortiz Mallol, J. (2000). La causa como elemento definidor de contrato de consultoría y servicios: contrato versus convenio interadministrativo y entre Administración pública y una entidad sin ánimo de lucro. *Diario La Ley*. Ref. D-140, tomo 4

Pascual García, J. (2008). Convenios de colaboración y encargos a entes instrumentales a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Española de Control Externo* (28).

Pascual García, J. (2010). La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público. *Presupuesto y Gasto Público* (60).

Pascual García, J. (2012). Convenios de colaboración entre administraciones públicas y convenios con administrados. Madrid: Boletín Oficial del Estado.

Pascual García, J. (2016). La regulación de los convenios administrativos en la ley de régimen jurídico del sector público. *Revista Española de Control Externo* vol. XVIII, nº 54 (septiembre 2016)

Pastor Ridruejo, J.A. (2016) *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.

Santamaría Pastor, J.A. (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Madrid: CEURA.

Toscano Gil, F. (2017) “La nueva regulación de los Convenios administrativos en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público”.

¹Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de establecer un adecuado Marco Legal para el empleo del Convenio de Colaboración por las Administraciones Públicas. <https://www.boe.es/boe/dias/2013/03/15/pdfs/BOE-A-2013-2853.pdf>