

# Los convenios. Distinción entre las tres figuras jurídicas: subvención, contrato, convenio

## RESUMEN/ABSTRACT:

El objeto de este trabajo es abordar desde el punto de vista práctico el problema de la utilización indebida de la figura del convenio en negocios que por su contenido patrimonial o subvencional deberían ser calificados de contrato o subvención. La falta de un adecuado marco legal unida a la tendencia natural a la huida del Derecho Administrativo, propia de los centros gestores responsables de la ejecución de las políticas de los Gobiernos, favorecen planteamientos que sería deseable superar en el empleo de los convenios de colaboración por la Administración Pública. La forma del negocio resulta irrelevante y se debe ir al fondo para calificarlo jurídicamente y determinar su sujeción o no, a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público o la Ley 38/2003, General de Subvenciones. El método utilizado para esta tarea deberá ser el método analítico, desmembrando el todo y descomponiéndolo en sus elementos para observar su causa, naturaleza y efectos. De esta manera se podrá comprender el verdadero objeto del convenio, calificar el negocio y aplicarle el régimen jurídico que corresponda.

The purpose of this paper is to approach from a practical point of view the misuse of the legal precept of the agreement in business which, dealing with assets or subsidies, should be classified as a contract or subsidy. The lack of an appropriate legal framework together with the natural trend to escape from Administrative Law, which is characteristic of the management centres responsible for implementing Government policies, promotes approaches that would be desirable to overcome in the use of collaboration agreements by the Public Authorities. The type of business is irrelevant and we should go into all details in order to legally classify it and determine whether or not it is subject to Law 30/2007, concerning Public Sector Contracts, and Law 38/2003, the General Subsidies Law. In order to carry out this task, we should use the analytical method, breaking it down to observe its cause, nature and effects. In this way we will be able to understand the actual purpose of the agreement, classify the business and apply the appropriate legal regime.

## PALABRAS CLAVE/KEYWORDS:

CONVENIO DE COLABORACIÓN, CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL NEGOCIO, TIPOS DE CONVENIOS, CONVENIO VERSUS CONTRATO, CONVENIO VERSUS SUBVENCIÓN, ENCOMIENDA DE GESTIÓN

COLLABORATION AGREEMENT, LEGAL CLASSIFICATION OF BUSINESS, TYPES OF AGREEMENTS, AGREEMENT VERSUS CONTRACT, AGREEMENT VERSUS SUBSIDY, MANAGEMENT ASSIGNMENT

## O. INTRODUCCIÓN

Son múltiples las relaciones con la Administración que se instrumentan a través de convenios de colaboración sin que exista una regulación jurídica unitaria, aplicable a los expedientes de gasto que se tramitan referidos a los mismos. La utilización del convenio para encubrir otras figuras jurídicas que subyacen en el fondo del negocio, unido a la falta de una definición jurídica de convenio y de una regulación pormenorizada de esta figura, hace que exista una variedad de posturas y criterios en esta parcela de la actuación administrativa. La denominación de convenio se utiliza dentro del ámbito general de actuación de la Administración Pública, referida a la coincidencia de dos o más voluntades causando obligación. El presente estudio tiene como finalidad poner de manifiesto el indebido uso de esta figura por parte de la Administración, como instrumento de ejecución del Presupuesto de Gasto.

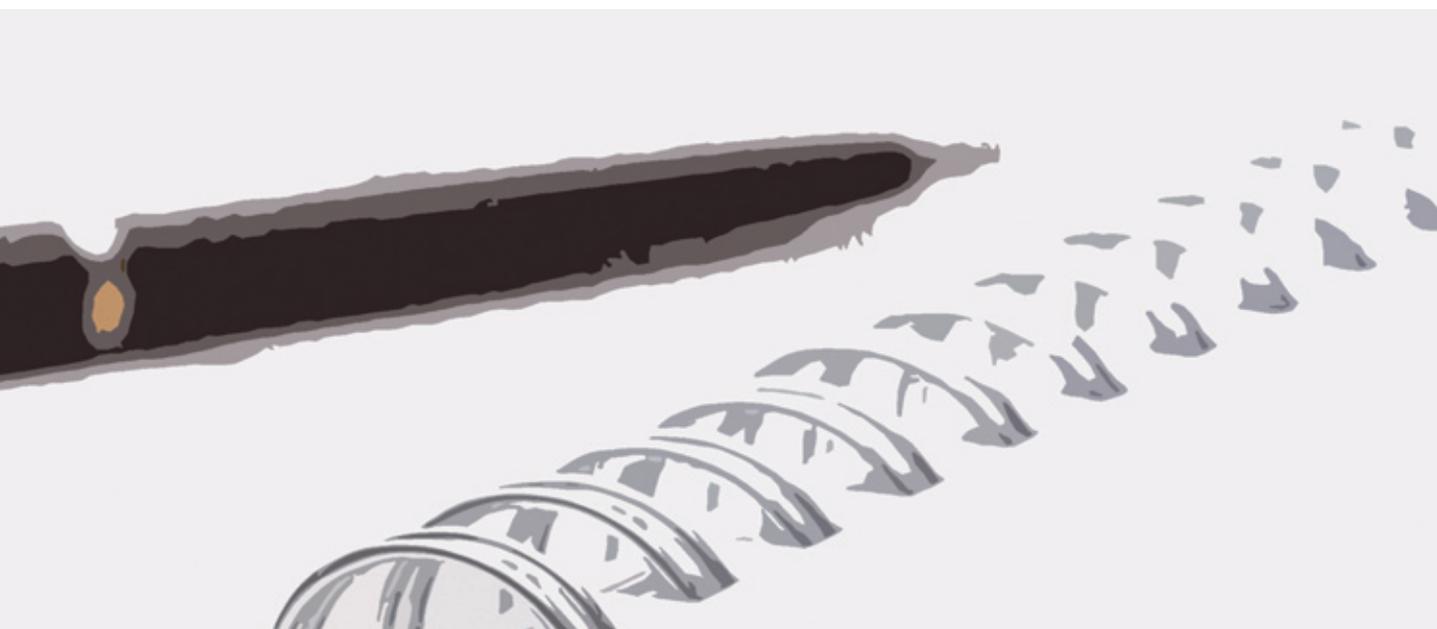
## I. ACTUAL RÉGIMEN POSITIVO DE LOS CONVENIOS

El principio de colaboración, conforme dispone el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, rige las relaciones entre las Administraciones Públicas. Este principio

de carácter general es también aplicable a las relaciones de colaboración que, en virtud de un convenio, la Administración pueda entablar con otras entidades de carácter privado. En los artículos 5 y 6 de la citada ley se perfilan las posibles figuras en las que se plasma este principio –los convenios de Conferencia sectorial y los convenios de colaboración con los órganos de las comunidades autónomas– así como el contenido mínimo de dichos instrumentos.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma Illes Balears, el principio de colaboración con el resto de Administraciones, viene regulado en el Título VII de la Ley 3/2003 de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma Illes Balears. La posibilidad de establecer relaciones con personas sujetas a derecho privado mediante la figura del convenio se ve contemplada en el artículo 11 de la citada Ley Autonómica que atribuye a los consejeros, en el ámbito de sus competencias materiales, la facultad para autorizar y suscribir convenios de colaboración con dichos sujetos, siempre que ésta no esté atribuida al Consejo de Gobierno o al Presidente.

Más allá de las normas anteriormente citadas no existe regulación común a los convenios, lo cual fa-



vorece planteamientos que sería deseable superar y que permiten situar, erróneamente, al convenio en “territorio sin ley”. En este sentido, resulta revelador y esperanzador que en el Programa de Fiscalizaciones del Tribunal de Cuentas de España para el año 2010, aparezca la elaboración de una Moción a remitir las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones Públicas.

Por lo que se refiere a convenios como instrumentos de ejecución del presupuesto de gasto, es decir, aquellos convenios de los que se deriven obligaciones económicas para la Administración, el marco jurídico convencional lo constituyen, además de las citadas leyes, las normas presupuestarias de aplicación –básicamente en el ámbito estatal, Ley General Presupuestaria y en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Illes Balears, el Texto Refundido de la Ley de Finanzas y las correspondientes Leyes de Presupuestos. autonómicas– por las que se regula la gestión del presupuesto de gasto, los gastos plurianuales, las competencias en la gestión del gasto, el control interno que ha de ejercer la Intervención, etc.

Completan este cuerpo legal la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP) y la Ley 38/2003, General de Subvenciones (LGS) donde se establece el marco jurídico básico que ha de regir la actuación administrativa en su vertiente de gasto público. Si bien es cierto que existen otras normas de rango legal que resultan de aplicación a concretos gastos que debe efectuar la Administración –Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, Ley de Expropiación forzosa, etc.– los contratos y las subvenciones, objetos regulados en las citadas leyes, constituyen prácticamente el 80% de la actuación administrativa de la que se derivan obligaciones de contenido económico, excluyendo los gastos de personal.

A pesar de que el objeto de estas leyes no es completar el marco jurídico de los convenios, tanto en

una como en otra, así como en sus reglamentos de desarrollo, existen referencias a dicha figura. Las citadas referencias tienen por objeto limitar con precisión la posibilidad de formalizar convenios con personas sujetas a derecho público y a derecho privado, sin que se esté orillando la ley, es decir, contemplan la posibilidad de formalizar convenios al margen del ámbito de aplicación de la ley de contratos (no de sus principios) y recogen aquellos supuestos en los que el convenio puede ser una fuente o un instrumento en el procedimiento de otorgamiento de subvenciones. Así, la LCSP en su artículo 4.1, letras c y d, precepto considerado de carácter básico, determina que están excluidos de su ámbito de aplicación los convenios celebrados con personas públicas o privadas, siempre que su objeto no esté comprendido entre los regulados en esta ley o en leyes especiales. La norma acude al concepto general y amplio de contrato para determinar el ámbito de aplicación, estableciendo clara conexión con tal precepto, siempre que nos encontremos ante un contrato oneroso, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrado por alguno de los entes del Sector Público. Conforme a este artículo, la posibilidad de acudir a la figura de convenio en los casos de relaciones de carácter y contenido contractual en que existan intereses patrimoniales, con independencia de la personificación pública o privada del sujeto, queda eliminada. Esta regulación negativa de la figura de los convenios se ve complementada con el apartado 2 del citado artículo 4 de la LCSP, en virtud del cual los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior –entre los que figuran los convenios– se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Cuando la LGS se ocupa de los convenios en el ámbito de la actividad de fomento, lo hace considerando como partes a la Administración concedente y al tercero beneficiario o entidad colaboradora. Los convenios son el instrumento habitual para canali-

zar las subvenciones directas previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado y en el caso de entidades colaboradoras, cuando en la gestión y distribución de los fondos públicos participen estas entidades, se exige, en todo caso, la formalización de un convenio de colaboración entre dicha entidad y el órgano concedente, en el que se regularán las condiciones y obligaciones asumidas por aquélla. El Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley, General de Subvenciones (RLGS), perfila el ámbito objetivo de la Ley. Sumamente esclarecedor resulta el artículo 2, precepto de carácter básico, en el que, de acuerdo con el concepto legal de subvención, determina los supuestos en los que debe aplicarse la ley de subvenciones a los convenios frente a los supuestos que se entenderán excluidos de su ámbito de aplicación. Entre los primeros se encuentran, entre otros, los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones Públicas, en los que únicamente la Administración Pública beneficiaria ostenta competencias propias de ejecución, consistiendo la obligación de la Administración Pública concedente de la subvención en la realización de una aportación dineraria a favor de la otra parte del convenio, con la finalidad de financiar una actividad propia de la Administración que recibe los fondos. En este precepto del RLGS, también se incluyen en el ámbito de aplicación de la ley los convenios de colaboración por los que la Administración asume 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 de dicho sujeto.

La forma del negocio resulta irrelevante; si se trata de una relación de carácter y contenido subvencional, se debe aplicar la Ley de Subvenciones.

En el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Illes Balears, el Texto Refundido de la Ley de Subvenciones, aprobado por Decreto Legislativo 2/2005, excluye de su ámbito de aplicación, entre

otros supuestos, las aportaciones que se tengan que hacer efectivas en virtud de planes y programas, o de convenios de colaboración formalizados de acuerdo con la legislación de régimen jurídico, que se regularán por su normativa específica, estatal o autonómica. La interpretación de este artículo no puede ser más que a la luz de los preceptos básicos del RLGS, limitando el campo de los convenios a aquellos supuestos en los que el resultado de la actividad que se financia no pueda entenderse comprendido exclusivamente dentro del ámbito de competencia de la Administración que recibe los fondos o bien, propiedad y utilización exclusiva del sujeto de derecho privado, en el caso de convenios de colaboración con entidades de personificación privada. En consecuencia, la actividad de fomento de la Administración, cuya característica principal es la libración de fondos sin contraprestación, no puede llevarse a cabo fuera del ámbito de la normativa de aplicación en materia de subvenciones, con independencia de la naturaleza del agente receptor.

## II. TIPOS DE CONVENIOS

A pesar de las limitaciones establecidas, existe un gran campo de la actividad administrativa que se desarrolla mediante convenios. A modo enunciativo y sin pretensión de exhaustividad, citar los siguientes:

- a) Los convenios urbanísticos y los convenios expropiatorios.
- b) Los convenios “de suscripción generalizada” firmados por la mayoría de las comunidades autónomas y el Estado Central para impulsar políticas y actuaciones concretas, formalmente tramitados a partir de un modelo informado por el Ministerio de Política Territorial.
- c) Los convenios que tengan por objeto regular acciones específicas en materia de investigación sujetas a financiación externa. (Señalar la modificación del artículo 4.1 de la Ley 30/2007, prevista en el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, por la que se incluyen entre los negocios excluidos de su ámbito de aplicación determina-

dos contratos de I+D, siempre que se respeten los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa).

- d) La fórmula convencional como finalización de los procedimientos administrativos.
- e) Los convenios instrumentales como formalización de subvenciones concedidas –acto unilateral necesitado de aceptación– previstos en el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley de Subvenciones, aprobado por Decreto Legislativo 2/2005, de 28 de diciembre (Ley autonómica balear), que señala: “La Administración y los beneficiarios pueden formalizar convenios instrumentales a fin de concretar los compromisos asumidos por ambas partes”.
- f) Los convenios con entidades colaboradoras en la gestión de subvenciones.
- g) Los convenios de colaboración para subvenciones gestionadas entre Estado y comunidades autónomas, previstos en el artículo 86 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria.
- h) Los convenios previstos en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- i) Los convenios de recaudación entre Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.
- j) Los convenios de colaboración o protocolos de actuación suscritos entre diferentes órganos de contratación en los que se detalla la participación de cada uno de los entes para llevar a cabo actuaciones cofinanciadas, tales como la financiación y demás criterios de reparto de atribuciones en el procedimiento de contratación, de acuerdo con el artículo 93.5 de la LCSP y el artículo 8 del Reglamento General de la Ley de Contratos.
- k) Los convenios de financiación de infraestructuras públicas en materia educativa, suscritos entre los entes locales y la CAIB al amparo del Decreto 89/2000, de 16 de junio, por el cual se regula la participación del Gobierno Balear en la financiación de infraestructuras educativas.

### III. NEGOCIOS UNILATERALES Y NEGOCIOS BILATERALES

A lo largo de la relación apuntada en el apartado anterior, se entiende por convenio aquel instrumento que permite dar cobertura formal a una gran variedad de actuaciones.

A los efectos de calificar jurídicamente cada una de estas actuaciones y en consecuencia aplicarles el régimen jurídico que corresponda, resulta necesario hacer una primera distinción entre negocio unilateral y bilateral, y dentro de esta segunda categoría, entre convenio y contrato.

La doctrina ha realizado construcciones jurídicas sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones y relaciones jurídicas, a los que denomina genéricamente “negocios jurídicos”. Uno de los criterios utilizados en el estudio de los negocios jurídicos los clasifica en unilaterales, bilaterales o plurilaterales, según el número de declaraciones de voluntad de que constan. El negocio unilateral es el que resulta de una sola declaración de voluntad y produce efectos independientemente de la aceptación ajena. Sirva de ejemplo en el Derecho Privado el otorgamiento de testamento o los títulos valores, donde la fuente de la obligación es sólo la voluntad de la persona que lo firma.

En el Derecho Público, los negocios jurídicos unilaterales constituyen la mayoría dado que el acto administrativo es por naturaleza unilateral. Dentro de los negocios unilaterales merita distinguir la categoría del negocio subvencional por la particularidad que presenta. El carácter de negocio unilateral de la subvención (donación modal como es calificada por la Jurisprudencia) parece, en principio, difícilmente compatible con el convenio, entendido como negocio jurídico bilateral. Se puede entender que, si bien el acto de concesión es un acto unilateral, precisa para su plena eficacia la aceptación del beneficiario otorgada en estos casos mediante la correspondiente suscripción del convenio instrumental.

Los negocios jurídicos bilaterales en el Derecho Público se pueden dividir en contratos y convenios.

**IV. DIFERENCIA ENTRE CONVENIO Y CONTRATO**

¿Cuál es la diferencia entre un convenio y un contrato?

Podríamos definir al contrato como una convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una parte se obliga a favor de otra o varias, recíprocamente, al cumplimiento de una prestación produciéndose entonces un intercambio de prestaciones obligacionales.

Parte de la doctrina considera que en el contrato administrativo es muy relevante la posición de

supremacía de la Administración mientras que en el convenio, la situación es más de igualdad por tratarse de un acuerdo de voluntades. Esta teoría que no es pacífica pues su fundamento, supremacía de la Administración, pertenece a una filosofía que se va diluyendo en el mar del Derecho Comunitario.

Existen unos rasgos característicos de estas dos figuras que pueden ser útiles para la calificación jurídica del negocio que se propone.

<b>CONVENIO DE COLABORACIÓN</b>	<b>CONTRATO ONEROSO</b>
<p>No se manifiesta en una contraposición de intereses (ej., prestación de un servicio a cambio de una contraprestación económica), sino que se trata de establecer una colaboración institucional para llevar a cabo una actuación en respuesta de objetivos compartidos. Su finalidad es el traslado de recursos públicos entre entidades públicas.</p> <p>Ninguna de las partes tendrá interés patrimonial. Los intereses de las partes son públicos.</p> <p>El beneficiario siempre será la comunidad.</p> <p>Generalmente, no van precedidos de proceso de selección porque se trata de priorizar necesidades para destinar recursos comunes en orden a un fin público.</p> <p>Las prestaciones son conmutativas, es decir equivalentes.</p>	<p>Existe total contraposición de intereses. Consiste en desarrollar una actividad singular y específica que forma parte del tráfico mercantil.</p> <p>Existe interés patrimonial.</p> <p>El contratista, siempre buscará un beneficio.</p> <p>Lo preside un proceso de selección que sólo se puede romper por disposición legal.</p> <p>No hay tal conmutatividad.</p>

**V. DIFERENCIA ENTRE CONTRATO Y SUBVENCIÓN: DETERMINACIÓN DEL PROMOTOR DE LA ACTIVIDAD**

Partiendo de la clasificación clásica de la actividad de la Administración: prestación, fomento y policía, dejando a un lado la actividad de policía, rige la siguiente distinción:

desde el punto de vista de la Administración, puede ocurrir que ésta realice una actividad de servicio público, que es una actividad de prestación, o bien que realice una actividad de fomento que es una actividad de promoción o estímulo. Para situarnos correctamente en un ámbito u otro resulta necesaria

la determinación del promotor de la actividad como punto de partida para calificar el negocio y también para determinar la aplicación presupuestaria del gasto que de él se derive.

Para definir el promotor de la actividad, es importante encontrar los elementos diferenciadores que caracterizan la actividad de servicio público en el sentido amplio del término –entendida como actividad de prestación en la que actúa la Administración como promotor– frente a la actividad de fomento que es aquella en que la Administración incentiva la actividad de los particulares o de otras

Administraciones Públicas, siendo el agente receptor de fondos públicos el promotor de la actividad incentivada.

Características específicas y diferenciadoras de la actividad de la Administración:

<b>ACTIVIDAD DE PRESTACIÓN</b>	<b>ACTIVIDAD DE FOMENTO</b>
<p>La actividad es de titularidad pública y competencia del órgano que la realiza.</p> <p>Hay varios sujetos activos.</p> <p>El régimen jurídico bajo el cual va a realizarse la actividad es el Derecho Público.</p> <p>El objeto de la actividad de la Administración es la prestación.</p>	<p>La titularidad de la actividad no corresponde a la Administración que ejerce el fomento sino al sujeto que recibe los fondos.</p> <p>El sujeto activo es la Administración y los sujetos pasivos son los particulares u otras Administraciones.</p> <p>La actividad protegida puede realizarse bajo el Derecho Público o el Derecho Común, en función del agente que la realiza.</p> <p>El objeto de la actividad de la Administración es el fomento: proteger, promover o estimular actividades que satisfacen necesidades públicas o que se consideran de interés público.</p>

Esta diferenciación permite situar el negocio desde el punto de vista del gasto, en concreto, determinar la clasificación económica a la cual se deberán imputar las obligaciones que de él se deriven –capítulo II, III y VI del presupuesto de gasto cuando se trate de una actuación de prestación y capítulos IV y VII si se trata de una actuación de fomento– y posibilita calificarlo jurídicamente para aplicarle el régimen jurídico que corresponda. Si la Administración actúa como promotor, el negocio es generalmente bilateral y en estos casos, si además la materia objeto del negocio consiste en un contrato de los regulados en la LCSP, con independencia de la cuantía de la prestación y de la personificación pública o privada del sujeto que la debe realizar, el expediente se debe tramitar como un contrato y no como un convenio. En cambio, en el caso que el promotor de la actividad sea el agente receptor de fondos sin que exista contraprestación alguna para la Administración, el negocio se debe calificar de subvención y el expediente se tramitará con sujeción a la LGS.

## VI. EL CONVENIO COMO NEGOCIO SUSTRÁIDO A LAS REGLAS LEGALES APLICABLES AL CONTRATO Y A LA SUBVENCIÓN

Es preciso distinguir el ámbito de los convenios, las subvenciones y los contratos porque la utilización de un instrumento u otro por parte de la Administración, no es opcional.

La Constitución Española establece en el artículo 103 un precepto referido a la Administración pública:

“La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con *sometimiento pleno a la Ley y el Derecho*”.

Este principio de sometimiento a la legalidad, que ha de regir toda actividad administrativa, obliga a la Administración a calificar su actividad para, posteriormente, aplicar la normativa que corresponda según se trate materialmente de un contrato, una subvención o un

convenio de colaboración. El criterio teleológico frente al criterio formalista será el utilizado para determinar la exclusión del negocio del ámbito de aplicación de la LCSP o de la LGS.

A mi modo de ver, el punto de partida debe ser la determinación del promotor de la actividad. Esta precisión permitirá situar el negocio desde la óptica de la LCSP –la Administración como promotora encarga una obra, un suministro o un servicio– o desde el punto de vista de la LGS, cuando la Administración fomenta una actividad que otro promueve. ¿Significa esto que todo lo que no es contrato es subvención? En mi opinión, no. Una interpretación demasiado estricta del artículo 4 de la LCSP y del artículo 2 del RLGS nos llevaría a la conclusión de la imposibilidad de celebración de convenios de colaboración entre Administraciones, lo cual no ha sido la finalidad perseguida por el legislador.

El término contrato oneroso en el ámbito de la Administración lo identificamos fácilmente como un acuerdo de voluntades entre dos personas, a través del cual una se obliga a cumplir algo determinado (una prestación) a cambio de un precio (oneroso). La subvención es una disposición gratuita, a favor de personas públicas o privadas, para fomentar una actividad de interés público (gratuito). Nieves Borrero la define como: donación modal de derecho público, en el sentido de una decisión unilateral de empobrecimiento voluntario por parte de la Administración, en provecho de otra persona a la que se impone un modo o condición, es decir, una carga que le exige cierto comportamiento del que depende la posibilidad de disfrutar de los beneficios del acto. El término convenio carece de definición jurídica y se utiliza para figuras que guardan poca o ninguna relación entre ellas, como hemos visto en el apartado II de este estudio. No obstante, en sentido estricto, un convenio sólo puede ser una relación con contraprestaciones por ambas partes.

Es muy habitual que, al analizar el texto del convenio se observe que lo que proyecta materializarse es una prestación y una correlativa contraprestación



(contrato), o bien, que el negocio beneficia sólo a una de las partes del convenio (subvención).

Resumiendo, pueden darse las siguientes situaciones:

#### **1. La forma es de convenio pero el fondo es de contrato**

El escenario es el siguiente: una Administración, que tiene dentro de su política y en el ámbito de sus competencias la función que se va a desarrollar con el convenio (ej.: realizar un estudio), conviene con otro sujeto que es parte del convenio (ej.: una Universidad), su realización a cambio de un precio.

La actividad forma parte del tráfico mercantil, el objeto es perfectamente encuadrable en el concepto de contrato de servicios de los regulados en el artículo 10 de la LCSP y la posición que adoptan las partes que firman el convenio, desde el punto de vista económico consiste, por parte de la Universidad, en entregar el estudio encargado y por parte de la Administración abonar el precio pactado. Considerando el antecedente citado y determinada la naturaleza del negocio proyectado, podemos concluir que se trata de un contrato de los regulados en la LCSP y por tanto resulta im-

procedente tramitarlo a margen de la normativa de contratos.

Bien es verdad que resulta extraña la figura del contrato entre Administraciones Públicas pero no por ello puede quedar descartada. El artículo 9 de la Directiva 2004/18/CE, por la que se regulan las normas de adjudicación de los contratos públicos, presenta el siguiente tenor literal:

“Los términos «contratista», «proveedor» y «prestador de servicios» designan a toda persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas u organismos que ofrezca, respectivamente, la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado.”

## **2. La forma es de convenio pero el fondo es de subvención**

Imaginemos un convenio entre dos Administraciones, o entre una Administración y un particular, en el que la actuación de la Administración que trasfiere los fondos consiste exclusivamente en financiar una actividad que corresponde al sujeto receptor. Aplicando el criterio teleológico del artículo 2 del RLGS solamente podemos calificar el negocio de subvención –acto unilateral de disposición gratuita con carga modal– con independencia de las obligaciones mutuas unilaterales que se derivan de la actividad subvencionadora.

Precisamente son estas mutuas obligaciones las que se utilizan para “disfrazar” la subvención, de manera que tenga apariencia de negocio bilateral cuyo objeto es la colaboración. Los derechos y obligaciones del órgano concedente y del beneficiario conforman el clausulado del convenio de manera que adquiere la apariencia de negocio bilateral para satisfacer necesidades compartidas. Estos negocios no pueden contemplarse como verdaderos convenios bilaterales y excluirlos del ámbito de la LGS pues se suscriben para incentivar el comportamiento de terceros y con la única finalidad de transferir fondos, debiendo calificarse los mismos, por tanto, de subvención o acción de fomento.

Sirva de ejemplo la financiación de proyectos municipales en ejercicio de competencias propias de ejecución, llevada a cabo por parte de una administración autonómica. Con independencia de la forma que se le de a dicho negocio, éste deberá tramitarse con sujeción a la normativa reguladora de subvenciones. Ello implica la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia en la selección del ayuntamiento beneficiario, la obligación por parte de éste de destinar los fondos a la finalidad para la que fueron otorgados, el deber de justificar todos y cada uno de los gastos subvencionables bajo los criterios de elegibilidad determinados en las bases y en la convocatoria, en el tiempo y forma que se establezca en el acto de concesión, así como la obligación de someterse a cuantas acciones de control ejerza la Administración concedente, dentro de ámbito de la normativa de aplicación. Sin duda un corsé bastante estrecho para la gestión política de los gobiernos.

Cuando se suscriben convenios para canalizar subvenciones (los llamados convenios instrumentales) se hace preciso la plena sujeción de sus cláusulas a la normativa de aplicación en materia, pues lo contrario significaría derogar una reglamentación imperativa en beneficio de un particular.

La huida del Derecho Administrativo no ocurre exclusivamente en la Administración Institucional, que es el ámbito clásico en el que siempre se ha producido. También en la relación entre Administraciones se intenta huir de las normas que regulan el procedimiento con el fin de alcanzar objetivos que, en algunas ocasiones, obedecen a razones más bien políticas que de interés general. Sin duda existe una tensión entre la necesidad de controlar la legalidad de la actuación administrativa y la exigencia constitucional de actuación eficaz de las Administraciones.

## **3. La forma y el fondo son de convenios**

El escenario es el de colaboración entre Administraciones en respuesta de objetivos compartidos, con la finalidad de intercambio de recursos públicos en la persecución de un fin que comparten.

El objeto del convenio no consiste en la ejecución material de una prestación a cambio de un precio ni se puede identificar a una de las partes del convenio como órgano de contratación, “cliente” que encarga, y a la otra como contratista que ejecuta. Las partes no tienen interés patrimonial sino que se trata de establecer una colaboración institucional para llevar a cabo una actuación en respuesta de objetivos compartidos.

Tampoco consiste el objeto del negocio en el otorgamiento de una subvención por parte de la Administración que transfiere fondos sin contraprestación a favor de otro sujeto, con el objeto de financiar una actividad cuyo promotor es el agente receptor.

A falta de una definición jurídica de convenio, lo que está dando, es una definición negativa.

Encaja en esta definición negativa, el grupo de los denominados protocolos generales que se limitan a establecer pautas de orientación sobre la actuación de cada Administración y a fijar un marco general en el que se desarrollará la colaboración, en un área competencial compartida. También los convenios marco con compromiso económico máximo, tanto aquéllos de los que se desprenden obligaciones sin necesidad de formalizar un nuevo instrumento como aquéllos en los que demora la eficacia plena del compromiso a la formalización de las correspondientes adendas.

El hecho de que la actuación final consista en una actividad conjunta, bien de prestación, bien de fomento, no desvirtúa la legalidad del convenio.

Cuando la financiación de un contrato ha de realizarse con aportaciones de distinta procedencia, se tramitará un solo expediente de contratación por el órgano al que corresponda la adjudicación del contrato. En estos supuestos, la celebración de un convenio de colaboración resulta un presupuesto de la actividad que se vaya a desarrollar. En dicho convenio se designará la parte que actuará como órgano de contratación, la forma y el momento en que se deberá acreditar la plena disponibilidad de todas las aportaciones y el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad.

Este supuesto, citado en la letra j del apartado II de este estudio, se debe calificar de convenio, resultando irrelevante que acabe materializándose en una actividad encuadrable en el concepto de contrato de la LCSP y por tanto, la prestación deba ser objeto de licitación por alguna de las partes del convenio.

Si la actuación final que persigue el convenio consiste en una actividad conjunta de fomento, una de las partes, la que se determine en el convenio, deberá iniciar una convocatoria pública de subvenciones dentro del marco de la LGS o de la normativa autonómica de aplicación. En el convenio previo que se formalice se determinará el procedimiento y las cuotas de financiación.

Como se ve, el ámbito de los convenios de colaboración queda muy reducido y tendrán por objeto establecer marcos de colaboración entre Administraciones que presentan competencias concurrentes y persiguen fines comunes, estableciendo competencias en la materialización de dichos fines, así como su régimen de financiación y aportación de medios de las partes que suscriben el convenio.

## VII. LA EXCEPCIÓN DE LAS ENCOMIENDAS DE LA LCSP

Recientemente el Ministerio de Justicia a través de la circular 6/2009, ha transcrito el informe emitido por la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado, el 26 de noviembre de 2008, en el que se examina la relación entre el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 4.1, n y 24 de la LCSP. Este informe, cuya lectura recomiendo, pone de manifiesto el interés general despertado por el tema de la encomiendas a medios propios de la Administración.

Para centrar la cuestión de una manera simple, el escenario de esta figura jurídica contemplada en la LCSP, nombrada en términos comunitarios *in house providing* y en términos nacionales contratos que quedan en casa (como los denomina el Profesor Sosa Wagner), se desarrolla en relaciones jurídicas de contenido contractual (ejecución de una obra, un

suministro o un servicio por parte de una Administración que actúa como poder adjudicador) que la Administración establece con un sujeto que tiene la condición material y formal de medio propio suyo, el cual realiza la parte esencial de su actividad para la Administración que lo controla. Esta figura constituye una excepción a la obligación de adjudicar los contratos públicos a través de los procedimientos dirigidos a garantizar los principios de publicidad, concurrencia y transparencia, consagrados en la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. En nuestro derecho positivo interno, la aplicación de la doctrina *in house providedig* se instrumentaliza jurídicamente en la figura de la encomienda de gestión regulada en el artículo 4.1, n, y 24.6 de la LCSP.

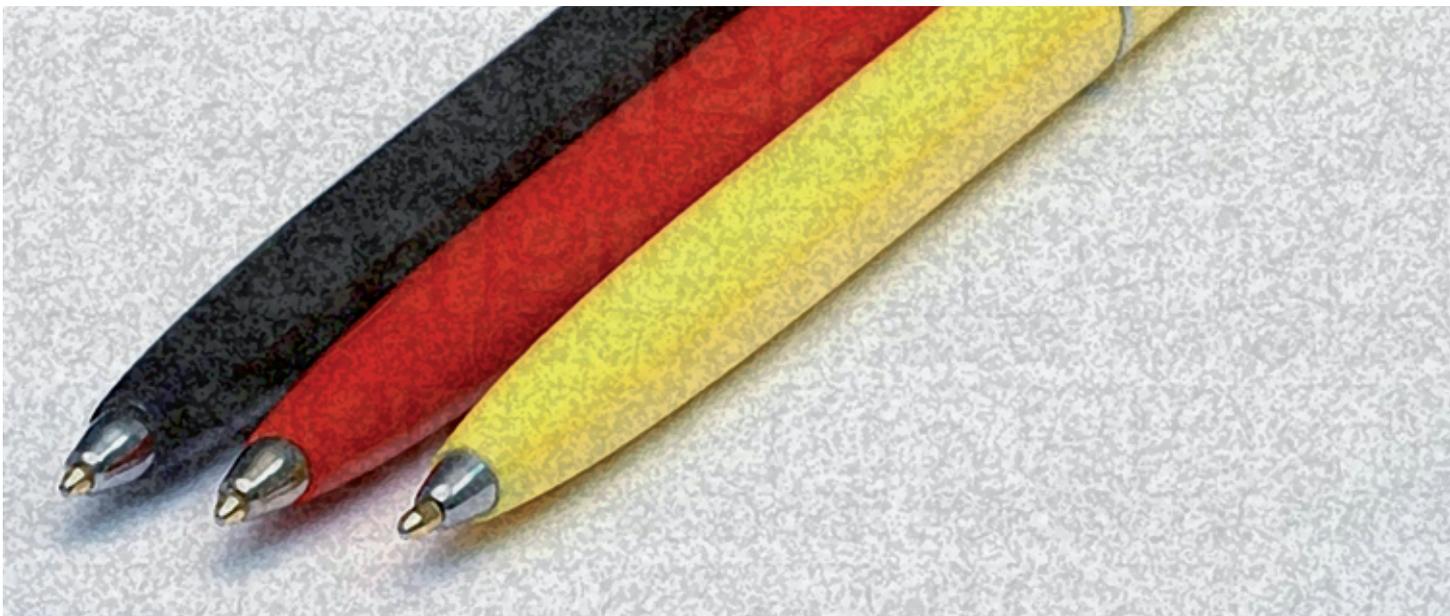
Estas encomiendas, en determinados casos y a modo de ver de manera errónea, se formalizan mediante un negocio bilateral, un convenio. En este sentido comparto la opinión de José María Gimeno Feliu que en su artículo “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria”, manifiesta que convenios y servicios *in house provi-*

*ding* son técnicas distintas. Igualmente piensa Carlos Alberto Amoedo Souto en su libro *TRAGSA, medios propios de la Administración y huída del Derecho Administrativo*, en el que manifiesta que se trata de órdenes de servicio internas, dado que el control que ejerce la Administración encomendante sobre la entidad encomendada es el mismo que ejerce sobre sus propios servicios y por lo tanto sería suficiente con la notificación de un acto unilateral de la Administración por el cual se le ordena al medio propio que ejecute la prestación descrita en el pliego de prescripciones técnicas o en el proyecto, si se trata de ejecutar una obra, que le será abonada con arreglo a las tarifas previamente aprobadas por la Administración.

En algunas Administraciones las encomiendas se realiza mediante un acto unilateral si bien, es muy corriente que se formalicen en acuerdos bilaterales, convenios,..., de contenido materialmente contractual que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la LCAP.

La letra n del apartado 1 del artículo 4, de la LCSP determina excluidos de su ámbito de aplicación:

Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo se-



ñalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. No obstante, los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.ª del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 121.1 y 174.

Se deduce del citado artículo la posibilidad de que el medio propio ejecute plenamente el encargo con medios propios, directos o indirectos, o por el contrario, se limite a contratarlo con agentes externos.

En los tiempos que corren donde el control del gasto público es una preocupación general y se aumentan los esfuerzos para hacerlo efectivo, llama la atención la aplicación práctica de dicho precepto que trae como consecuencia inmediata la relajación del rigor de la aplicación de la ley en las contrataciones que debe efectuar la Administración para el cumplimiento de sus fines.

Cuando el medio propio celebre contratos para realizar las prestaciones encomendada, estos contratos saldrán a licitación pública pero, en la mayoría de los casos (obras inferiores a 4.845.000 € y resto de contratos inferiores a 193.000 € ó 125.000 €, si se trata contratos en el ámbito de la AGE y sus entes) bajo unas normas de contratación totalmente aligeradas por tratarse de contratos privados, no sujetos a regulación armonizada y efectuados por

entes del sector público que no tienen la condición de Administración. (Ver artículo 175 de la LCSP). Cuando el medio propio deba subcontratar el 100% de la prestación encomendada, el objeto de la encomiendas parece no ser la ejecución material de una prestación, sino la tramitación de una licitación y adjudicación de un contrato a agentes económicos externos que llevarán a cabo la obras, el servicio o el suministro que la Administración encomendante necesita para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. De hecho, así se viene aplicando.

¿No dispone la Administración de medios personales y técnicos para llevar a cabo un procedimiento de licitación, y tiene que encomendárselo a un ente instrumental que, en la mayoría de los casos, cuenta con una plantilla muy inferior tanto en número como en calificación profesional a la que dispone la Administración a través de su relación de puestos de trabajo? ¿Cuáles son los motivos reales de estas encomiendas?

Es cierto que la ley de contratos no regula los aspectos de tal figura más que de forma negativa, por cuanto la norma dice que no será de aplicación la ley a estos negocios, sólo de manera subsidiaria en defecto de normas específicas, aplicando los principios proclamados en su artículo primero –libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad de trato eficiencia y selección de la oferta económicamente más ventajosa– algunos de los cuales, son principios de la actuación administrativa que fueron consagrados anteriormente en la Constitución Española y en la Ley 30/1992, LRJAP-PAC.

A mi modo de ver, la vinculación de estos principios obliga a la Administración encomendante a justificar de manera fundada, los motivos que la encaminan a optar por esta opción en la búsqueda del interés general que ha de regir la actuación administrativa.