



MARÍA  
LUISA  
MUÑOZ



CHARLES  
COYLE

Abogados de Contencioso, Público y Regulatorio de Pérez-Llorca

## Pérez-Llorca

El pasado 2 de octubre de 2015 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ("Ley 40/2015").

Como es sabido, a partir del 2 de octubre de 2016, la referida Ley 40/2015 y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común ("Ley 39/2015") derogarán a la vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ("Ley 30/1992"), y conformarán la nueva normativa de cabecera del Derecho administrativo español.

Por esta razón, ambas leyes están siendo objeto de análisis por parte de todos los abogados especializados en esta materia. En esta ocasión, hemos optado por analizar brevemente una materia concreta que, en nuestra opinión, merece especial interés: se trata de la regulación que establece la Ley 40/2015 (en concreto, en el Título Preliminar, Capítulo VI, artículos 47 a 53) en materia de convenios adoptados por las Administraciones Públicas.

A este respecto, es preciso distinguir entre los llamados convenios interadministrativos y los convenios con particulares, como negocios celebrados con sujetos de derecho privado. En este artículo, nos referimos específicamente a estos últimos.

Mientras que los convenios interadministrativos se prevén en el artículo 6 de la Ley 30/1992 bajo la denominación "convenios de colaboración", hasta la Ley 40/2015 los convenios con particulares no tenían una regulación particular, salvo para casos concretos (v.g. convenios urbanísticos, expropiatorios, o terminación convencional de procedimientos administrativos) y la normativa sólo se refería a los mismos en el artículo 4, apartado 1, letra d) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ("TRLCSPP"), que los excluye del ámbito de la contratación pública.

Esta circunstancia no ha impedido que, en la práctica, las Administraciones Públicas hayan venido suscribiendo este tipo de negocios, comúnmente bajo el *nomen iuris* "convenio de colaboración".

El vacío legal existente con carácter previo a la Ley 40/2015 había generado cierta confusión en esta materia, así como el uso indebido de esta figura para evitar la aplicación de normas en materia de contratación pública e incluso de subvenciones.

Así lo advirtió el Tribunal de Cuentas en 2010, que, conocedor de esta problemática, aprobó en su dictamen 878, de 30 de noviembre, una moción destinada a las Cortes Generales, en la que propuso la configuración de un marco legal adecuado y suficiente para el empleo de este tipo de convenios, así como la adopción de las medidas necesarias para un uso eficiente de los recursos públicos que se canalizan por esta vía.

Tal y como se desprende de la propia exposición de motivos de la Ley 40/2015 (último párrafo del apartado II), el desarrollo de este régimen completo responde precisamente a la moción planteada por el Tribunal de Cuentas.



## La Ley 40/2015 ha convertido en Derecho positivo la práctica administrativa en materia de convenios

### Definición de convenios: concurrencia de un "fin común"

Con arreglo a la Ley 40/2015, se definen los convenios como aquellos "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" (artículo 47, apartado 1 de la Ley 40/2015).

De esta definición, que incluye tanto los convenios interadministrativos (artículo 6 de la Ley 30/1992) como los convenios suscritos entre Administraciones Públicas y particulares, se desprende un primer requisito, referido a la concurrencia de la satisfacción de un "fin común" entre la Administración y el particular, que merece cierta reflexión, ya que, según se interprete este concepto de fin común, el ámbito de potenciales acuerdos entre las Administraciones Públicas y los particulares podrá ser mayor o menor.

Así, si se interpreta como fin común la causa de las obligaciones que se establezcan, en los términos que define el artículo 1261 del Código Civil para la existencia de todo contrato, el elenco de posibles convenios será mayor que para el caso de que tengan lugar otro tipo de interpretaciones, como, por ejemplo, la puesta en co-

mún de medios para emprender una determinada actuación.

En todo caso, lo cierto es que la normativa no aclara este aspecto.

Por otra parte, la nueva regulación excluye expresamente de la definición de convenios, los "protocolos generales de actuación" o instrumentos análogos que incluyan meras declaraciones de intenciones y que no tengan contenido obligacional, así como los convenios que tengan por objeto prestaciones propias de los contratos del sector público (es decir, aquellos que se rigen por el TRLCSPP).

### Requisitos básicos

En cuanto a los requisitos para la adopción de los convenios, destacamos, entre otros, los siguientes:

- (i) La suscripción de los convenios deberá (de forma acumulativa): mejorar la eficiencia de la gestión pública; facilitar la utilización conjunta de medios públicos; contribuir a la realización de actividades de utilidad pública; y cumplir con la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera;
- (ii) Con carácter previo a su formalización, deberá acompañarse una memoria justificativa que analice la necesidad y

oportunidad de la celebración del correspondiente convenio, su impacto económico, el carácter no contractual de su objeto y el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 40/2015; y

- (iii) Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no pueden ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del propio convenio;

El Tribunal de Cuentas ya manifestó la necesidad de que el negocio jurídico sea colaborativo, reduciéndose la causa del convenio a una obligación de dar o hacer que no tenga un precio como contraprestación. Ahora bien, ello no impide que del convenio resulte una financiación conjunta y determinada de proyectos o actuaciones concretas para alcanzar la finalidad prevista. Además, en el ámbito de la Administración General del Estado, debe acompañarse informe del servicio jurídico, autorización previa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y justificación de la existencia de crédito presupuestario.

### Contenido mínimo

La Ley 40/2015 ha establecido además el contenido mínimo que deben incluir los convenios:

- (i) sujetos firmantes;
- (ii) competencia en la que se fundamenta la actuación de la Administración Pública firmante;
- (iii) objeto y actuaciones a realizar por cada parte, indicando la titularidad de los resultados obtenidos;
- (iv) obligaciones económicas asumidas por cada parte, con referencia a su distribución temporal e imputación concreta al presupuesto correspondiente;
- (v) consecuencias en caso de incumplimiento;
- (vi) mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución;
- (vii) régimen de modificación; y
- (viii) plazo de vigencia.

A este respecto, conviene advertir que el plazo no puede ser superior a cuatro años, prorrogables otros cuatro, salvo que normativamente se establezca uno superior.

### Inscripción en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal y publicación en el Boletín Oficial del Estado

La eficacia de los convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de los organismos públicos o entidades de derecho público se supedita a su inscripción en el Registro Electrónico Estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal y a su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

### Remisión de los Convenios Administrativos al Tribunal de Cuentas (u órgano autonómico equivalente)

Los convenios cuyos compromisos económicos superen los 600.000 euros, sus modificaciones, prórrogas o variaciones en el plazo de duración, alteración de los compromisos económicos u extinción deben remitirse electrónicamente al Tribunal de Cuentas u órgano análogo de fiscalización autonómico para su fiscalización en el plazo de tres meses desde su suscripción.

### Normas transitorias respecto de los convenios que estén vigentes a la entrada en vigor de la Ley 40/2015

La Ley 40/2015 establece un plazo de tres años desde su entrada en vigor para que todos los convenios que estén vigentes entonces (es decir, a fecha 2 de octubre de 2016) se adapten a la misma, y ordena, para el caso de convenios de duración indefinida o prorrogables de forma indefinida, una duración máxima de cuatro años desde su entrada en vigor.

Finalmente, en el ámbito de la Administración General del Estado, la Ley 40/2015 establece un plazo de seis meses desde su entrada en vigor (hasta el 2 de abril de 2016) para solicitar la inscripción de los convenios en el Registro anteriormente referido.

### Conclusiones

La Ley 40/2015 ha convertido en Derecho positivo la práctica administrativa en materia de convenios, elevando a rango de ley las directrices que el Tribunal de Cuentas ya había marcado para hacer un buen uso de esta figura y otorgando seguridad jurídica y transparencia a este tipo de relaciones con los particulares.

Sin embargo, hubiera sido deseable que la nueva regulación hubiese definido qué se entiende por fin común, para evitar situaciones confusas.

Asimismo, lo cierto es que ni la regulación vigente ni tampoco la Ley 40/2015 clarifica la naturaleza jurídica de los convenios con particulares. Aunque pueda parecer una obviedad que se trata de convenios administrativos, lo cierto es que no se justifica que la Administración ostente las prerrogativas de modificación o interpretación unilateral, ni tampoco que las controversias sean competencia del orden contencioso-administrativo (todo ello, sin perjuicio de que la exposición de motivos se refiere a los mismos como "convenios administrativos"; y de lo dispuesto a este respecto en el artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa).