



Institut d'Estudis Autonòmics

NOVEDADES EN MATERIA DE CONVENIOS

Palma, 28 de abril de 2022

Novedades en materia de convenios

El título de la jornada pretende abarcar la situación en la que se encuentran los convenios administrativos tras la publicación de tres normas que los regulan:

1. Directiva 2014/24/EU, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre Contratación Pública (efecto directo desde 18/04/2016)
2. Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (en vigor desde 02/10/2016)
3. Ley 9/2017 de contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento español las Directivas 2014/23/EU y 2014/24/EU (en vigor desde 09/03/2018)

Que se haya regulado los convenios no significa que se haya puesto fin a la dificultad que en algunos casos supone determinar si nos encontramos ante un contrato, ante una subvención o ante un convenio.

Novedades en materia de convenios

- ✓ En España reina una presunta desconfianza hacia los convenios y los encargos a medios propios, probablemente motivada por el mal uso de estas figuras.
- ✓ Hasta 2016 los convenios se encontraban huérfanos de una regulación general. Un «territorio sin ley». Ahora, la regulación de los convenios viene establecida en la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público y en la LCSP/2017.
- ✓ Desde el año 2009, la jurisprudencia comunitaria ha venido admitiendo los convenios entre Administraciones, si se cumplen ciertos requisitos. Esta jurisprudencia se positiviza con la Directiva 2014/24/UE.
- ✓ No obstante, la falta de rigor en la interpretación de las exigencias europeas y el miedo a los abusos, parece que han llevado al legislador, a renunciar a su propia tradición jurídica en la relación entre Administraciones.
 - ✓ La colaboración público-privada en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

El convenio como instrumento formal que permite dar cobertura a una gran variedad de actuaciones

La denominación de **convenio** se ha utilizado dentro del ámbito general de actuación de la Administración Pública, referida a la **coincidencia de dos o más voluntades causando obligación** y uno de los principales instrumentos para canalizar las relaciones voluntarias de cooperación entre Administraciones.

- Urbanísticos, expropiatorios
- De suscripción generalizada
- De investigación
- Fórmula convencional como finalización
- Instrumentales para otorgar una subvención
- Formalizar una encomienda de gestión (art. 11 L40/2015)
- Con entidades colaboradoras en la gestión de subvenciones
- Previo de actuación para contratos cofinanciados
- Instrumento para la creación de consorcios (art. 59 L7/2010)
- Singulares de vinculación sanitaria (art. 67 Ley 14/1986, General de Sanidad)
- Para explotación de bienes inmuebles por entidades sin ánimo de lucro (art. 68bis L6/2001)
- Los previstos en la L7/2022 para gestión der residuos.
- PRTR. Convenios con las CCAA o Corporaciones Locales para la ejecución de los proyectos
- Y sigue.....

Tipologías

- POR SU FINALIDAD: Convenios de colaboración y convenios de composición.
- CONFORME A LA CLASIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 47 DE LA LEY 40/2015: Convenios interadministrativos (misma Admon., distintas Admones.) y convenios entre sector público y particulares.
- POR LA FORMA DE EJERCER LA COMPETENCIA: Convenios para actuaciones conjuntas (competencias materiales concurrentes), Convenios en los que una Administración financia una actuación que es competencia de la que recibe los fondos (A subvenciona a B), Convenios para instrumentar subvenciones a terceros (A libra fondos a B para que subvencione a C).
- DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL GASTO: Convenios que carecen de contenido económico. Convenios que generan obligaciones económicas exigibles directamente o a través de un segundo pacto.

¿Qué pasó que todo lo que veníamos gestionando como convenio resultó ilegal y hubo que buscar otras fórmulas?

¿Abuso de la figura del convenio en España?

- ✓ Durante la primera década del siglo XI, además del impacto que se produjo por los distintos casos de corrupción, se dieron otras circunstancias. En el **año 2003 se aprobó la Ley General de subvenciones y en el año 2006 su Reglamento.**
- ✓ La normativa de contratación española, hasta entonces muy generosa con los convenios entre Administraciones públicas, **se aplicaba de una manera hiriente a los ojos de la Comisión Europea** que denunció en varias ocasiones al Reino de España ante el Tribunal de Justicia.
- ✓ **Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 13 de enero de 2005.** Sentencia de 18 de diciembre de 2007, Correos. C-220/06.
- ✓ Obligación de modificar la Ley de Contrato.
- ✓ La verdadera reforma se culminó el **1 de mayo de 2008, con la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que no permitía convenios entre Administraciones si su objeto era un contrato, con independencia de su valor.**

«Demonización» del convenio

Como consecuencia de todo lo anterior, la asunción de la “doctrina del TJUE-2005” en la legislación española supuso la **«demonización» de los convenios y la preferencia de la legislación de contratos.**

Pero no se puede olvidar que existen **dos ideas subyacentes**: No restar ámbito al mercado, y a la vez no privar a los poderes adjudicadores de fórmulas de cooperación interadministrativa.

Progresiva ampliación de la cooperación horizontal

La sentencia de 2005 por la que se condenó a España, **causó inquietud en muchos Estados miembros**, en especial en aquellos que, como Alemania, están abocados a la utilización frecuente de convenios como consecuencia de su estructura federal.

Ello **dio lugar a una evolución en la propia jurisprudencia del TJ que culmina con el reconocimiento de que el convenio de colaboración (la llamada cooperación horizontal), siempre que cumpla determinados requisitos, no está sujeto a las Directivas.**

Esta jurisprudencia fue la que inspiró las directivas de cuarta generación que, por primera vez, regulan los convenios y los encargos a medios propios, expresado en terminología española, como contratos excluidos.

La transposición española

- ✓ El **Tribunal de Cuentas, en el año 2010**, presentó una **Moción antes las Cortes** exigiendo una regulación de los convenios.
- ✓ Cinco años después fue atendida la Moción y la regulación de los convenios vino establecida en la **Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público**.
- ✓ La **falta de rigor en la interpretación de las exigencias europeas** y el miedo a los abusos, **han llevado al legislador a renunciar a su propia tradición jurídica**.
- ✓ **Ley 40/2015** se determina que los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos.
- ✓ **LCSP/2017**, se excluyen los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley.

Primer reto: Calificación jurídica del negocio

- ✓ Ante un proyecto de convenio surgen **dudas** sobre si estará orillando la ley de contratos o la ley de subvenciones.
- ✓ La diferencia entre contrato, convenio y subvención plantea un reto intelectual a veces complicado. **En determinados asuntos** (los servicios sociales es un buen ejemplo) **la línea divisoria es tan fina** que, algunas veces, se puede situar el negocio a un lado o al otro de la raya sin vulnerar la legalidad.
- ✓ Sería totalmente improductiva esta labor conceptual si de ella no se derivase una utilidad. **La utilidad buscada es la precisión del régimen jurídico aplicable, porque la naturaleza afirmada de una institución no es sino una forma abreviada de expresar su régimen jurídico.**
- ✓ **Bajo la forma de convenio no pueden orillarse las normas legales que disciplinan el gasto público** de los capítulos 2 y 6 (prestacional) y 4 y 7 (fomento) del Presupuesto de gasto, cuya ejecución se instrumenta básicamente a través de contratos y subvenciones.

Metodología

1. Para determinar el régimen jurídico que se debe aplicar al convenio, en primer lugar, **habrá que ver si se trata de una actividad prestacional o de fomento.**
2. Si se trata de una **actividad prestacional el promotor es la Administración.** Si es una **actividad de fomento, el promotor es la entidad que recibe los fondos.**
3. Si **el promotor es la Administración, analizar si el negocio se debe tramitar con sujeción a la normativa contractual o no.** (LCSP, la Directiva 2014/24/UE y la jurisprudencia)
4. Si **el promotor es el agente que recibe los fondos, la actividad de fomento se sujetará a la Ley de Subvenciones.** (Ley 38/2003, general de Subvenciones y su Reglamento, y al TRLSCAIB/2005)

Actividad de prestación vs Actividad de fomento

- ✓ **PRESTACIÓN.-** Básicamente, estaremos ante una actividad de prestación cuando el objeto de la actuación de la Administración sea la prestación, no el fomento, de una actividad de titularidad pública y competencia del órgano que la realiza, bajo el régimen jurídico del Derecho público. En este caso aparecen **dos sujetos activos**. La Administración asume el papel de promotor.
- ✓ **FOMENTO.-** Por el contrario, estaremos ante una actividad de fomento cuando lo que se pretende con el negocio es proteger o estimular actividades que se consideran de interés público, pero que no son necesarias para el cumplimiento y realización de una competencia propia de ejecución de la Administración que actúa. La titularidad de la actividad no corresponde a la Administración que ejerce el fomento sino al sujeto que recibe los fondos que es el promotor. La Administración no actúa como promotor. Es el sujeto activo y el beneficiario el sujeto pasivo.

¿Por qué resulta tan importante esta distinción?

Si la Administración actúa como promotor en el ámbito de sus competencias de ejecución, **el negocio es generalmente bilateral y habrá que analizar si por sus particularidades se encuentra excluido de la normativa vigente en materia de contratación.**

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.**

La aplicación de la Ley de subvenciones a los convenios

La aplicación o exclusión de la Ley de subvenciones a los convenios no ha sido objeto de la jurisprudencia comunitaria, como lo ha la aplicación del marco regulador de los contratos, precisamente por poner en peligro los principios del tratado que consagran la libre circulación de bienes y servicios. No vamos a encontrar materia prima en el TJUE.

Debemos acudir al artículo 2 del Real Decreto 887/2006 por el que se aprueba el reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

También al TRLSCAIB, art. 2.3.e): No tienen consideración de subvención las aportaciones dinerarias a favor de otras AAPP o de sus entidades dependientes que deban hacerse efectivas en virtud de planes y programas o **de convenios de colaboración** formalizados de acuerdo con la legislación de régimen jurídico aplicable a las Administraciones Públicas.

CONVENIO vs CONTRATO

La importancia del *nomen iuris*

- ✓ Los convenios jurídicamente vinculantes son auténticos contratos. Así los denomina la Directiva. Por tanto, el problema no es si son en abstracto convenios o contratos sino si se les aplica la normativa que regula los contratos públicos o no.
- ✓ Debemos partir de esta realidad que rompe con moldes anteriores. Una discusión sobre la naturaleza jurídica de los convenios interadministrativos no resuelve el problema. La clásica distinción entre CONVENIO y CONTRATO ahora resulta irrelevante. Lo mismo que han resultado a la postre inútiles las discusiones entre contrato de servicios y contrato de gestión de servicios.
- ✓ Ha sido la jurisprudencia comunitaria la verdadera protagonista y la que ha propiciado, ayudada por el interés de ciertos Estados miembros, que la Directiva 2014/24/UE regulara por primera vez esta cuestión, creando un nuevo marco regulador que desplaza, o debería desplazar, muchas de las teorías anteriores.

No debemos olvidar que la interpretación de lo que debe entenderse por contrato publico sujeto a las directivas corresponde exclusivamente al TJUE.

Aplicación de la normativa contractual a los convenios.

LA COOPERACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL

Nuevo concepto que se positiviza en:

La Directiva 2014/24/UE: La aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye los encargos a medios propios y la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos, sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular.

La LCSP/2017: Art. 31. Potestad de autoorganización y sistemas de cooperación pública vertical (uso de medios propios) y horizontal (convenios entre poderes adjudicadores/privados)

Un hito: La Sentencia de Hamburgo

En esta sentencia de 9 de julio de 2009, conocida como «Sentencia Hamburgo», surgen los criterios legitimadores de la figura del convenio o de la cooperación horizontal.

RESUMEN

El **convenio** (que, según la Comisión, tendría que haberse sacado a licitación, y que el TJ acabó diciendo que era conforme al Derecho comunitario), **fue celebrado por cuatro entidades locales con otra entidad pública** (Ciudad de Hamburgo), y en él las cuatro entidades locales (Landkreise) obtenían el derecho a utilizar las instalaciones de gestión de residuos de Hamburgo a cambio del pago de una contraprestación.

La Comisión afirma que, si se hubiera creado un ente instrumental (cooperación vertical) no habría problema, pero como no se ha creado, el contrato debe estar sometido a las Directivas

Sin embargo **el Tribunal no lo comparte**. Los Landkreise no ejercen un control análogo sobre Hamburgo, luego no se puede acudir a la figura del encargo a medio propio y habían utilizado la figura de la cooperación horizontal entre entidades que **tienen como finalidad garantizar la realización de una misión de servicio público común**. Evidentemente, en caso de no poder utilizar esa fórmula, las entidades en cuestión habrían tenido que construir sus propias instalaciones o licitar contratos públicos para que empresas privadas se hicieran cargo de sus residuos.

El Derecho comunitario no impone el uso de una forma jurídica particular para garantizar sus misiones de servicio público conjuntamente, en este caso, la gestión mancomunada del tratamiento de residuos. No se trata de que hayan orquestado un montaje destinado a eludir la normativa sobre contratación pública.

Concepto y límites de la cooperación horizontal

- ✓ En la sentencia de 9 de julio de 2009, conocida como «**sentencia Hamburgo**», **surgen los criterios legitimadores de la figura del convenio o de la cooperación horizontal**, ahora recogidos en el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24, también en la LCSP.
- ✓ Directiva 2014/24/UE **Considerando 33**. Los poderes adjudicadores han de poder optar por prestar de manera conjunta sus servicios públicos mediante cooperación sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular (no es necesario crear un medio propio). **Dicha cooperación puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que les hayan sido asignadas**. Los servicios prestados por los distintos poderes participantes no han de ser necesariamente idénticos; también pueden ser complementarios.
- ✓ Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de la Directiva, siempre que se hayan celebrado **exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores**.
- ✓ Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, **no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales**. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público.

Artículo 12.4. Contratos públicos entre entidades del sector público

Un **contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:**

- a) que el contrato establezca o desarrolle una **cooperación** entre los poderes adjudicadores participantes **con la finalidad de garantizar que los servicios públicos** que les incumben se prestan de modo que se logren los **objetivos que tienen en común;**
- b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el **interés público**, y
- c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto **menos del 20 % de las actividades objeto.**

Una interpretación al compás de la jurisprudencia del TJUE

Aunque es cierto que el artículo 12.4 de la Directiva 2014/24 se basa en la jurisprudencia del TJ a partir de la sentencia Hamburgo, lo cierto es que introduce algunas precisiones que van más allá de lo que apunta la jurisprudencia del Tribunal y que necesitan ser aclaradas.

Primeras sentencias que aplican la Directiva 2014/24/UE:

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta) de 28 de mayo de 2020 (Sentencia ISE)
2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena) de 4 de junio de 2020 (Sentencia Remondis 2)
3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta) de 18 de junio de 2020 (Sentencia cooperación horizontal&cooperación vertical)

Conclusiones que se extraen de esta jurisprudencia

- 1. El Derecho comunitario no acoge el principio del «contratista interpuesto»**, es decir, la idea de que la Administración deba acudir al mercado para comprar los bienes y servicios que necesite incluso si los puede obtener por sus propios medios. No existe, por tanto, un principio que proteja las expectativas de las empresas privadas obligando a los entes públicos a abrirles cualquier oportunidad de negocio que se presente en el ámbito administrativo.
- 2. Existe un freno para los convenios de intercambio**, en los que la cooperación se reduce a abonar los costes, sin que exista un programa cooperativo.
- 3. Los servicios prestados por los distintos poderes participantes [en tal cooperación] no han de ser necesariamente idénticos; también pueden ser complementarios. No resulta indispensable, por tanto, que la actividad de servicio público sea realizada conjuntamente por las entidades públicas que participan en la cooperación.**
- 4. Es posible combinar la cooperación horizontal y vertical.** Un poder adjudicador (Poder adjudicador aportante, p.ej., una comunidad autónoma) asume una tarea que satisface las necesidades de otro poder adjudicador (Poder adjudicador beneficiario, p. ej., un ayuntamiento) y lo hace a través de un medio propio. Dos fases: 1ª. Coop. horizontal 2ª Cooperación vertical.

Los convenios administrativos a la luz del Derecho de la UE

- ✓ Es posible excluir un contrato que establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común, aunque el servicio que presta uno de ellos sea solo complementario.
- ✓ La finalidad de la colaboración ha de ser de interés público y no comercial.
- ✓ Solo caben transferencias económicas orientadas al reembolso de los costes reales de la ejecución de la actividad pactada.
- ✓ La actuación no debe tener por finalidad sustraerse a la aplicación de las reglas de contratación pública. (STJUE: 9/6/2009, Hamburgo: " Ninguno de los elementos aportados ante este Tribunal se desprende que, en el presente caso, las entidades de que se trata hayan orquestado un montaje destinado a eludir la normativa sobre contratación pública")

Legitimidad de los convenios interadministrativos

Parece que el legislador español se cuestiona la legitimidad de los convenios interadministrativos cuando en su contenido se incluye una prestación que podría ser objeto de licitación.

- ✓ La legitimidad se encuentra en las fuentes del Derecho comunitario.
- ✓ Es palmaria la admisión por el TJUE y por la Directiva 2014/24 de convenios de colaboración cuyo objeto sí se corresponde con el de contratos regulados por el Derecho comunitario.
- ✓ No obstante, con la aprobación de la Ley 40/2015 y la LCSP/2017, la falta de rigor en la interpretación de las exigencias europeas y el miedo al abuso de esta figura han llevado al legislador a renunciar a su propia tradición jurídica.
- ✓ El legislador español no ha entendido, o no ha querido entender, que solo las prestaciones onerosas (coincidentes con las contractuales que se hacen *solvendi causa*) excluyen la figura del convenio. Pero no las que, coincidentes materialmente o no con las contractuales, se hacen *conveniendi causa* (esto es en aras de la consecución de un fin común y sin onerosidad).

Ley 40/2015, ¿una ley «atrasada»?

En el **artículo 47.1** señala: “Los convenios **no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos**. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”.

Se añade este **requisito que no exige la Directiva 2014/24/UE**.

A pesar de haberse aprobado en 2015, ignora la jurisprudencia surgida en 2009 y la Directiva de 2014, y **permanece anclada en la interpretación literal de la sentencia de 13 de enero de 2005**.

Ley 9/2017, una solución ecléctica

Artículo 6: Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por Administraciones.

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración.
- b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.
- c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

POSTURA ECLÉCTICA.- Por un lado, dice que los convenios estarán excluidos solo si su contenido no está comprendido en el de los contratos regulados en esta ley. Para a continuación, siguiendo la Directiva, concretar los requisitos que la Directiva exige para formalizar un convenio, a pesar de que su objeto podría licitarse. Clara contradicción.

Se llega al absurdo de aplicar cumulativamente dos exigencias que son incompatibles entre sí.

¿Cómo interpretar estos preceptos?

Ley 40/2015: No es posible hacer una interpretación *contra legem* pero, debe leerse junto con la LCSP/2017.

LCSP/2017: Exige una interpretación del término «contenido» más amplio que objeto: conjunto de obligaciones, prerrogativas, etc. que nacen de la formalización de un contrato, así como su causa o fin.

Para poder entender un contrato excluido del ámbito de aplicación de la LCSP/2017 es necesario que su contenido no coincida con alguno de los contratos regulados en esta norma y esto sucederá si :

1. Su objeto consiste en la realización conjunta de una tarea común de interés
2. público.
3. La causa del contrato es la instrumentación de una cooperación real y el fin
4. perseguido sea el logro de los objetivos que las partes tienen en común.
5. Las partes tienen vocación de mercado.

Necesidad de corregir la Ley de Contratos del Sector Público y también la Ley 40/2015

- ✓ En España **hemos creado una dificultad gratuita** al exigir que los convenios tengan un objeto distinto al que podría tener un contrato.
- ✓ Al igual que sucede con los encargos, **los convenios pueden sustituir a contratos** públicos porque permiten obtener prestaciones (objetos) que, a falta de convenio, habría que conseguir por la vía de un contrato (previa licitación)
- ✓ Y esto es así porque **si los convenios tuviesen, realmente, un objeto no contractual, ni el TJUE ni la Directiva se ocuparían de ellos**, porque no entrarían para nada en conexión con los contratos públicos.
- ✓ La cooperación horizontal entre Administraciones mediante un **convenio es un instrumento importante para la ejecución del PRTR y debería ser posible, incluso cuando el objeto del convenio es un contrato.**

Urge la modificación de estas leyes suprimiendo este requisito añadido que no conjuga con la Directiva ni con la jurisprudencia europea.

Regulación de los convenios en la L40/2015: Una regulación necesaria y esperada

Art. 47.1: Un convenio es un acuerdo entre entes del sector público entre sí o con personas privadas. **No se considerarán convenio los protocolos generales**, siempre que no supongan compromisos jurídicos concretos. Los convenios nunca podrán tener por objeto prestaciones propias de contratos.

47.2/- Tipos:

1. Convenios entre AAPP o entre entes pertenecientes a **distintas AAPP** que podrán incluir utilización de medios, servicios y recursos para el ejercicio de competencias propias o delegadas. Excluidos entre CCAA que se rigen por sus estatutos.
2. Convenios intra administrativos, firmados entre organismos públicos o entidades públicas pertenecientes a **una misma AP**.
3. Convenios entre una AP o ente del SP y **persona privada**.
4. Convenios entre las AAPP y los **órganos, organismos o entes sujeto a Derecho internacional** (no Tratado, Acuerdo Internacional), que estará sujeto al ordenamiento interno que decidan las partes.

Regulación de los convenios en la L40/2015

Art. 48. Requisitos de validez y eficacia

1. No cesión de titularidad de competencias.
2. Mejorar la eficiencia y cumplir con la estabilidad presupuestaria.
3. Se ajustaran a la legislación presupuestaria.
4. Los compromisos financieros deberán ser sostenibles y quien los suscriba debe tener capacidad para asumirlos.
5. Las aportaciones financieras que aporten las partes no pueden ser superiores a los gastos derivados del convenio.
6. Se perfeccionan por la prestación del consentimiento de las partes. En el Estado serán eficaces una vez inscritos. La inscripción es un requisito de validez.
7. Las normas del presente capítulo no serán de aplicación a las encomiendas de gestión ni a los acuerdos de terminación convencional.

Regulación de los convenios en la L40/2015

Artículo 49. Contenido de los convenios

1. Sujetos y capacidad jurídica.
2. Competencias.
3. Objeto y actuaciones de cada parte. En su caso, titularidad de los resultados obtenidos.
4. Obligaciones y compromisos económicos de las partes. En los convenios de colaboración no hay precio cierto, sino compensación de costes. Distribución temporal, anualidades, imputación concreta del gasto al presupuesto.
5. Consecuencias de incumplimiento de las obligaciones.
6. Mecanismos de seguimiento y vigilancia. Responsables del control.
7. Régimen de modificación del convenio.
8. Plazo de vigencia que no podrá ser superior a cuatro años salvo que normativamente se prevea otro, prorrogable por cuatro más.

Respecto al plazo de vigencia

Se plantean ciertas **dudas interpretativas** en aquellos supuestos en los que, por una parte, el marco temporal de la actuación o cooperación objeto del convenio tiene una duración igual o inferior a cuatro años pero el pago de las obligaciones económicas de los costes incurridos al que se ha comprometido una de las partes alcanza un periodo plurianual que abarca seis ejercicios presupuestarios (n+5), de conformidad con la normativa presupuestaria.(Artículo 65 de la Ley 14/2014, de Finanzas de la CAIB, modificado por Ley 5/2021, de PPGG de la CAIB).

Si se acude a **una interpretación finalista** de la norma, pretendía solventar los supuestos de convenio con un plazo indefinido. Para ello, resulta de utilidad la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2018, de 13 de diciembre de 2018

Respecto al plazo de vigencia

EXCEPCIÓN Ley 11/2020 PGE: Disposición adicional centésima trigésima octava. Convenios en materia de infraestructuras.

Con vigencia indefinida y a los efectos del artículo 49. h) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, los convenios cuyo objeto sea la ejecución de infraestructuras de transporte terrestre, aéreo y marítimo tendrán la duración que corresponda al programa de ejecución o financiación de estas, cuyo plazo inicial no podrá superar los diez años. Las partes podrán acordar su prórroga, antes de la finalización del plazo final, por un período de hasta siete años adicionales.

Regulación de los convenios en la L40/2015

Artículo 50. Trámites preceptivos para la suscripción de convenios (modificado por la LPGE para 2021, la modificación operada es referente a plazos y autorizaciones)

1. Se debe acompañar de una memoria justificativa sobre la necesidad y oportunidad, impacto económico, carácter no contractual y cumplimiento de lo previsto en esta ley.
2. En la AGE, además: informe jurídico autorización previa del Ministro Hacienda, si es plurianual los compromisos con otra Administración, que debe realizar la actividad, serán condicionados a existencia de crédito, cualquier otro informe preceptivo.

Regulación de los convenios en la L40/2015

Artículo 51. Extinción de los convenios

1. Se extinguen por cumplimiento o por resolución.
2. Causas de resolución: finalización del plazo, voluntad de las partes, incumplimiento de obligaciones, decisión judicial, cualquier otra prevista en el convenio.

Regulación de los convenios en la L40/2015

Artículo 52. Efectos de la resolución de los convenios

1. El cumplimiento o resolución da como resultado la liquidación del convenio.
2. Si en el convenio existen compromisos financieros, se entenderá cumplido cuando se haya realizado su objeto a satisfacción de las partes y teniendo en cuenta que: si resulta que alguna de las partes ha recibido más fondos que el valor de la actuación ejecutada, deberá reintegrar la diferencia en el plazo de un mes desde que se liquide. Si hay mora: intereses.
3. Si hubiera actuaciones en curso se puede acordar continuarlas y acabarlas en un plazo determinado.

Regulación de los convenios en la L40/2015

Artículo 53. Remisión de convenios al Tribunal de Cuentas

1. Si los compromisos económicos son >600.000€, se remitirán electrónicamente al Tc.
2. También sus modificaciones e incidencias.
3. Además, el Tc y los OCEX pueden reclamar cuantos documentos consideren necesarios para fiscalización.

Publicidad: En la AGE, serán publicados en el plazo de 10 días hábiles desde su formalización en el BOE. (en vigor desde 01/01/2021).

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Art. 8. Información económica, presupuestaria y estadística: Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a la relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas.

CAIB: Publicar periódicamente la relación de convenios. (art. 21 Ley 4/2011)
Instar la inscripción en el Registro de convenios y acuerdos de la CAIB
Remitir electrónicamente a la Sindicatura convenios >600,000€

Momento procedimental adecuado para la tramitación del convenio

Como regla general los convenios deben tramitarse antes de iniciar las actuaciones. La naturaleza propia del convenio (pacto del que se derivan obligaciones financieras, de comportamiento, de cooperación en la proyección y ejecución de actuaciones,...) no compagina con la formalización del acuerdo entre las partes en el momento en el que las actuaciones ya se encuentran ultimadas. Solamente se podrán desprender obligaciones desde su firma, salvo que expresamente se prevea que **actuaciones ya ultimadas quedan incorporadas al convenio.**

Es bastante habitual utilizar una fórmula que otorgue eficacia retroactiva a un convenio pero, no es la más adecuada.

Tramitación del expediente de convenio

- Memoria justificativa
- En convenios con Administraciones o entes del sector público, excluidos de la LCSP en base al artículo 6, Certificado.
- Certificado de existencia de crédito
- Resolución de inicio procedimiento y apertura expte. (SEINCO. CNV28)
- Informe del servicio jurídico y de la DGP, si procede.
- Otros informes preceptivos
- Autorización del CM/CG/Pleno, si procede
- Autorización del gasto plurianual, si procede
- Fiscalización del expediente, si procede
- Aprobación del expediente y autorización/ autorización y disposición del gasto y anotación de la A/AD
- Firma del convenio por las partes
- Inscripción en el Registro, publicación, envío a Sindicatura, si procede.
- Reconocimiento de la obligación y propuesta de pago (OK/OP) (Puede ser anticipado)

Memoria justificativa

Entre otros aspectos, la memoria se pronunciará sobre:

EFICIENCIA. La necesidad de suscribir el convenio, con el que se obtendrá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos o contribuir a la realización de actividades de utilidad pública. (Informe de la IGAE de 9 de octubre de 2019)

MISIÓN COMÚN. Necesidad de cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.

RAZONES PARA NO LICITAR UN CONTRATO O CONCEDER UNA SUBVENCIÓN. La motivación se publicará en la en la página web institucional

Estudio económico

Que debe contener,

- ✓ Presupuesto y coste total de la actividad objeto del convenio y de las aportaciones de las partes y los ingresos que puedan derivarse de la actividad.
- ✓ Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio.

Documentación presupuestaria y control

- ✓ Si se derivan obligaciones para la Administración, documento que acredite la **existencia de crédito adecuado y suficiente y, si se trata de un gasto plurianual, la autorización de imputación a ejercicios futuros.**
- ✓ El **informe de la DGP** solo es necesario si se trata de un convenio de ingresos >50,000€.
- ✓ Autorización previa del gasto por el CG.(Capt. 6 y 7 >1.000.000€, capt. 2 y 4 >500.000€)
- ✓ **Fiscalización del expediente**, si procede. En Decreto 11/2022, por el que se establece el control que ha de ejercer la Intervención, publicado el 31 de marzo, en su artículo 24 establece que están sometidos a fiscalización previa los convenios y cualesquiera actos de naturaleza análoga, siempre que supongan un gasto =/>30.000€.

Plan de recuperación, Transformación y Resiliencia

- ✓ El Instrumento conocido como Next Generation consiste en un conjunto temporal de medidas (préstamos y ayudas directas) para financiar las reformas e inversiones que se lleven a cabo en los Estados miembros, con el objetivo de impulsar la economía tras la crisis de la pandemia y sentar las bases para una Europa cohesionada, ecológica, digital y resiliente.
- ✓ El mayor paquete de estímulo jamás financiado, acordado por la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y los dirigentes de la UE, basado en un endeudamiento europeo mancomunado.
- ✓ En valores de hoy día, la cantidad global movilizada a través del NG es doce veces más de lo que supuso el Plan Marshall para reconstrucción de Europa .
- ✓ Incluye los **fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que financian el PRTR por valor de 69.512,59M€.**

Deben estar ejecutados antes del 31/12/2026

Nuevas formas de colaboración público-privada . Art. 8 del RDL 36/2020

En todos los textos de los documentos relacionados con el PRTR y, en concreto, el RDL 36/2020, aparece la idea de la colaboración.

Los recursos públicos han de tener un efecto multiplicador. El principio keynesiano renace. La decisión unilateral es insuficiente para actuaciones complejas. Cuando el RDL 36/2020 habla de colaboración público-privada lo hace en términos políticos más que en términos jurídicos.

Los PERTE, regulados en el art, 8, son aquellos proyectos de carácter estratégico con gran capacidad de arrastre para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad de la economía española. La declaración de un proyecto como PERTE se realizará por Acuerdo de Consejo de Ministros. Son una pieza que por si sola no aporta nada. No son ejecutables.

Eliminar «cuellos de botella»

Del buen funcionamiento de las instituciones dependerá el éxito o el fracaso de los fondos.

- ✓ La ejecución del PRTR se llevará a cabo mediante diferentes instrumentos jurídicos: contratos, convenios y subvenciones.
- ✓ Se ha querido eliminar “cuellos de botella”.
- ✓ El Gobierno central aprobó el Real Decreto ley 36/2020, aprueba medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación.
- ✓ La CAIB, en el ejercicio de sus competencias, ha aprobado una norma en este mismo sentido: La Ley 4/2021, de 17 de diciembre, de medidas extraordinarias y urgentes para ejecutar las actuaciones y los proyectos que deben financiarse con fondos europeos en el marco del PRTR.

Medidas extraordinarias en la Ley autonómica

- ✓ CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN
- ✓ NO ES NECESARIO VOLVER AL CONSEJO DE GOBIERNO
- ✓ AMPLIACIÓN DEL PLAZO DE VIGENCIA
- ✓ ELIMINACIÓN DE TRÁMITES E INFORMES

Convenios/pactos/acuerdos con personas privadas

Son los denominados convenios «típicos», que son aquellos que se celebren con arreglo a las normas específicas que los regulan.

Entre otros,

Patrocinio: Se debe ir a la causa. Si no existe verdadera contraprestación en publicidad y solamente se trata de dar una ayuda no es contrato/convenio sino que es subvención. Si es contrato se adjudica conforme a las reglas de la LCSP/2017. ¿Cabe negociado sin publicidad (Intuitu personae)?

Convenios singulares de vinculación : Previstos en el artículo 67 de la Ley 14/86, General de Sanidad, cuyo objeto es la vinculación a la red pública de los hospitales privados, que se realizará mediante convenios singulares. La Ley por la que se aprueba la Red Hospitalaria de Baleares también los regula.

Acuerdos de acción concertada: La Ley 12/2018, regula en el Capítulo I tres posibilidades: el régimen de la acción concertada, en el Capítulo II las reglas específicas de la contratación pública de los servicios a las personas, de aplicación preferente frente a la LCSP, y en el Capítulo III los sistemas de cooperación directa con entidades del tercer sector, mediante convenios singulares de cooperación.

Conclusiones

1. Los convenios interadministrativos forman parte de nuestra tradición jurídica.
2. Es cierto que se ha utilizado indebidamente esta figura, incluso en casos de corrupción pero, la corrupción no es el ecosistema habitual donde se mueve la gestión del gasto público.
3. La falta de rigor en la interpretación de las exigencias europeas y el miedo a los abusos, parece que han llevado al legislador a querer renunciar a su propia tradición jurídica.
4. La cooperación horizontal, reconocida en el Derecho de la Unión y también en nuestro Derecho interno implica que, el hecho de que el convenio tenga por objeto prestaciones que pueden conseguirse vía contrato no basta para excluir su validez.
5. La Ley 40/2015 ignora la jurisprudencia surgida en 2009 y la Directiva de 2014, y permanece anclada en la interpretación literal de la sentencia de 13 de enero de 2005.
6. La LCSP/2017 adopta una postura ecléctica que exige al operador una complicada tarea de interpretación que el legislador debería haber evitado.
7. Urge la modificación de estas leyes suprimiendo este requisito añadido que no conjuga con la Directiva ni con la jurisprudencia europea.

Gracias por vuestra atención

tmoro10@hotmail.com