PERSPECTIVAS Y LÍMITES DE LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS Y LAS ENCOMIENDAS DE GESTIÓN

-Título Preliminar, Capítulo II, Art. 11, y Capítulo VI, de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público-

Ana Caro

Coordinadora de Proyectos de la Universidad Autónoma de Madrid

XI ENCUENTRO ANUAL DE RED UGI
Las Palmas de Gran Canaria, 15, 16 y 17 de junio 2016

La nueva regulación de los Convenios

Hasta ahora: • falta de concreción en la regulación (Arts. 6 y 8 Ley 30/92)

• críticas en el Dictamen 878 del Tribunal de Cuentas

Dictamen 878, de 30 de noviembre de 2010 (I)

uso creciente del convenio de colaboración, soslayando el derecho administrativo (legislación contractual), la gestión de los fondos públicos discurre por cauces jurídicos inseguros, y se resiente la aplicación de los principios de legalidad, eficiencia y economía

elaboración y aprobación de un marco jurídico sustantivo y de procedimiento que complete y sistematice, entre AAPP y éstas con particulares; ámbitos objetivo y subjetivo; contenido y diferenciación de figuras afines

Adaptación de las normas a sus propuestas

Dictamen 878, de 30 de noviembre de 2010 (II)

1ª.Completar y sistematizar el vigente marco legal de los convenios de colaboración, tanto los suscritos entre Administraciones Públicas o entidades públicas como los que se suscriban con los administrados. Es preciso un concepto diferenciador de ambas figuras, una delimitación de los ámbitos subjetivos y objetivos y de su contenido (No se desarrolla ese concepto diferenciador requerido)

2ª. Precisar la aplicación a los convenios celebrados por entidades públicas que se rigen por el derecho privado con otras Administraciones Públicas o entidades, del régimen de los convenios interadministrativos o el de los convenios con los administrados. (Mal resulto, más allá de la ya conocida naturaleza administrativa)

3ª. Precisar en qué medidas las relaciones entre la Administración centralizada y los organismos públicos dependientes o vinculados pueden canalizarse mediante encomiendas de gestión. (Art. 11, fuera de la regulación de los Convenios)

15ª. Completar y ampliar la información sobre los convenios mediante un sistema registral, a fin de dar publicidad de los que se celebren con todas las entidades públicas y con entidades sujetas al derecho privado (DA7ª y Art. 48.8)

16ª. Extender a todos los convenios de colaboración la obligación de remitir al Tribunal de Cuentas información sobre los contratos celebrados por las entidades del sector público. (Art. 53)

Concepto de Convenio (I)

Instrumentación de las relaciones con la AAPP a través del “Convenio de Colaboración”

*sin regulación jurídica unitaria

*favoreciendo ejecución de gasto público “huyendo” del derecho administrativo en materia de contratación pública, fomento y subvenciones

negocios jurídicos de Derecho público que celebran las Administraciones y entes públicos en pie de igualdad, con el fin de satisfacer las necesidades derivadas de la colaboración administrativa

instrumento que permite dar cobertura formal a una gran variedad de actuaciones, originando una relación jurídica de colaboración entre dos o más sujetos

Art. 47.1 Ley 40/15 dos definiciones: + y –

Art. 86 Ley 39/15 “terminación convencional del procedimiento administrativo común”

Concepto de Convenio (II)

Régimen jurídico de los Convenios (I)

Arts. 5 y 6 Ley 30/92: Principio de colaboración entre AAPP (Convenios Conferencias Sectoriales y de Colaboración)

Art. 47 Ley 40/15 Convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones Públicas

Convenios firmados entre una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de Derecho privado

Convenios intradministrativos firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público

Convenios entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional

Régimen jurídico de los Convenios (II)

Art. 48. Requisitos de validez.- deberán tender, de forma acumulativa, a:

No suponer cesiones de titularidad de la competencia

Mejora de la eficiencia de la gestión pública

Facilitar la utilización conjunta de medios públicos

Contribuir a la realización de actividades de utilidad pública

Cumplir con la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera

Requisitos de eficacia: consentimiento, registro e inscripción

A qué no se aplica esta regulación (I)

a las encomiendas de gestión, reguladas en el art. 11 de la Ley 40/2015

a los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos, regulada en el art. 86 de la Ley 39/2015

A qué no se aplica esta regulación (II)

- CURIOSIDADES/CONTRADICCIONES

✓ Cuando la encomienda se realice entre órganos y Entidades de Derecho Público de distintas Administraciones se formalizará por convenio, por lo que resulta chocante que, sin embargo, unos artículos más adelante, precisamente los que regulan estos convenios, excluyan a la totalidad de esta figura de encomienda

✓ El art. 48.9 excluye de las normas reguladoras de los convenios a los acuerdos de terminación "convencional" de los procedimientos administrativos, y a su vez el art. 86 de la Ley 39/15 señala que las AAPP, mediante convenios pueden finalizar los procedimientos administrativos

Los convenios como instrumentos de ejecución del presupuesto de gasto

aquellos convenios de los que se deriven obligaciones económicas para la Administración

- Ajuste a la legislación presupuestaria
- gestión, justificación y resto de actuaciones
- Compromisos financieros y fondos comprometidos
- Otras normas de aplicación: TRLCSP, LGS, Patrimonio, Expropiación forzosa
- Naturaleza administrativa
  Jurisdicción contencioso-administrativa

Trámites preceptivos

- MEMORIA JUSTIFICATIVA QUE ANALICE NECESIDAD Y OPORTUNIDAD
- IMPACTO ECONÓMICO

- CARÁCTER NO CONTRACTUAL DE SU OBJETO

- LAS APORTACIONES FINANCIERAS DE LAS PARTES NO PUEDEN SER SUPERIORES A LOS GASTOS DERIVADOS DE LA EJECUCIÓN DEL PROPIO CONVENIO
- TRIBUNAL DE CUENTAS: EL NEGOCIO HA DE SER “COLABORATIVO” (CAUSA: OBLIGACIÓN DE DAR O HACER QUE NO TENGA UN PRECIO COMO CONTRAPRESTACIÓN, pero sí financiación conjunta)
- EN EL ESTADO: INFORME JURÍDICO, AUTORIZACIÓN HACIENDA Y EXISTENCIA DE CRÉDITO EN CONVENIOS PLURIANUALES

Contenido de los Convenios

Sujetos firmantes, capacidad y competencia de la AAPP firmante

Objeto y actuaciones de cada parte + titularidad de resultados

Art. 49

Obligaciones económicas de cada parte: duración temporal e imputación concreta al presupuesto + consecuencias si hay incumplimiento

Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de ejecución + régimen de modificación + vigencia (4 + 4)

Extinción de los Convenios

Liquidación

- Cuando deriven compromisos financieros se entenderán cumplidos cuando su objeto se haya realizado en los términos y a satisfacción de ambas partes
- Si el importe de las actuaciones ejecutadas por una parte fuera inferior a los fondos dados por el resto de partes, aquella deberá reintegrar a estas el exceso en 1 mes desde que se hubiera aprobado la liquidación + 1 mes con % de demora
- Si el importe fuera superior, en 1 mes de un mes desde la aprobación de la liquidación, deberá abonar a la parte de que se trate la diferencia que corresponda a cada una de ellas, con el límite máximo de las cantidades que cada una de ellas se hubiera comprometido a aportar en virtud del convenio sin % de demora
- En ningún caso las partes del convenio tendrán derecho a exigir al resto cuantía alguna que supere los citados límites máximos.
- Si existen actuaciones en curso de ejecución, las partes, a propuesta de la comisión de seguimiento, podrán acordar la continuación y finalización de las actuaciones en curso que consideren oportunas, estableciendo un plazo improrrogable para su finalización

Fiscalización de los Convenios

Al tribunal de cuentas

- Los de compromisos de + 600.000 €, en 3 meses desde la firma
- También: Modificaciones, prórrogas, variaciones de plazo de duración
- Y cualquier: Alteración de compromisos o extinción

Adaptación de los Convenios vigentes al nuevo marco normativo

deberán adaptarse a lo previsto en la Ley 40/15 en el plazo de 3 años a contar desde su entrada en vigor

si estamos ante un convenio de duración indeterminada deberemos entender que la misma será de cuatro años a contar desde el 2/10/16, prorrogable una sola vez por otros cuatro años.

Si estamos ante contrato de duración determinada pero que el mismo se encuentra ya prorrogado de forma indeterminada, lo que debemos entender es que, una vez cumplido el plazo inicial previsto en el convenio, la prórroga del mismo en que se encuentra no podrá exceder de cuatro años a contar desde el 2/10/16

Distinción con otras figuras: contrato y subvención (I)

- Principio de sometimiento a la legalidad (Art. 103 CE)
- Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos.
- El TRLCSP excluye los convenios de colaboración
- TS S 6/2/89 «los convenios jurídicos son lo que legalmente son y no lo que semánticamente puedan significar».
- El Convenio se basa en la necesidad de llegar a un acuerdo libremente y el contrato en una contraposición de intereses
- Tanto Convenio como contrato sirven para la realización de funciones administrativas

Distinción con otras figuras: contrato y subvención (II)

- 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
- La actividad de fomento que es aquélla 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.
- Cuando no exista contraprestación alguna para la Administración el negocio se debe calificar de subvención. Incentivar el comportamiento de terceros y con la única finalidad de transferir fondos
- Posibilidad de instrumentar subvenciones a través de convenios, ajustándose a la Ley 38/03

La encomienda de gestión de la Ley 40/15

Artículo 15. Encomienda de gestión (Ley 30/92)

Artículo 11. Encomiendas de gestión (Ley 40/15)

¿Diferencias 15 *versus* 11?

- AÑADE AL 15.4, EN SU 11. 3.C): *que deberá ser publicado en el «Boletín Oficial del Estado», en el Boletín oficial de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia, según la Administración a que pertenezca el órgano encomendante,*

La realización de actividades de carácter material o técnico (SUPRIME "DE SERVICIOS del 15.1 en su 11.1)

AÑADE al 15.1 en su 11.1: *siempre que entre sus competencias estén esas actividades*

- AÑADE en su 11.2: *En todo caso, la Entidad u órgano encomendado tendrá la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, siéndole de aplicación lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal.*

15.5 NO LO INCLUYE EL 11 CON EL MISMO TENOR, SINO QUE LO ADAPTA Y CREA EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL PUNTO 1 *Las encomiendas de gestión no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta.*

QUÉ HA OPINADO EL TRIBUNAL DE CUENTAS

Dictamen 878, de 30 de noviembre de 2010

3ª. Precisar en qué medidas las relaciones entre la Administración centralizada y los organismos públicos dependientes o vinculados pueden canalizarse mediante encomiendas de gestión. (Art. 11, fuera de la regulación de los Convenios)

INFORME Nº 1.003 DE FISCALIZACIÓN DE LA UTILIZACIÓN DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN REGULADA EN LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1ª) Que se proceda al cambio de denominación de la figura regulada en los preceptos 4 y 24.6 del TRLCSP a fin de evitar confusiones con la encomienda de gestión regulada en el artículo 15 de la Ley 3/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (No se ha hecho)

Las encomienda o encargo de gestión (I)

La encomienda o encargo de gestión es uno de los negocios jurídicos más utilizados en la actualidad por la Administración Pública

importancia cuantitativa que ha adquirido la encomienda de gestión contractual como negocio jurídico empleado por las AAPP desde LCSP 07

15 de la Ley 30/1992
Y
artículos 4.1.n) y 24.6 TRLCSP

dos figuras de encomienda de gestión distintas, la intra-administrativa y la de contenido contractual

ÁMBITO, CONTENIDO Y REQUISITOS FORMALES DISTINTOS

La encomienda o encargo de gestión (II)

- **Las encomiendas de gestión reguladas en el artículo 15 de la Ley 30/1992**,- tras la doctrina in *house providing* elaborada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, entre otras sentencias en la Sentencia *Teckal*, y que se ha traducido en nuestro Derecho en la previsión contenida en el derogado artículo 3.1.l) del TRLCAP 2/2000 y posteriormente en los artículos 4.1.n) y 24.6 del LCSP 30/2007, y del TRLCSP 3/2011, - tienen como ámbito propio aquellas actividades o actuaciones que por su contenido son ajenas a la legislación de contratación pública y no guarden relación con ella siendo necesario que el acuerdo de encomienda de gestión sea publicado, como requisito para que sea eficaz, en el Diario Oficial correspondiente.

- **Las reguladas en el TRLCSP** tienen por objeto relaciones de contenido materialmente contractual, esto es, la ejecución de una obra, la realización de un suministro o la prestación de un servicio, a cambio de una contraprestación económica.

La encomienda o encargo de gestión (III)

La competencia administrativa se atribuye a los órganos de la Administración pero puede desconcentrarse, que no ceder, la titularidad; y también puede alterar los elementos determinantes de su ejercicio, pero no sustantivos: esto es la encomienda de gestión interadministrativa

Dos clases de encomienda: entre órganos administrativos o entidades de derecho público pertenecientes a la misma Administración, y la que se realice entre órganos y entidades de distintas Administraciones.

Quedando excluidas la realización de estas actividades por personas físicas o jurídicas sujetas a derecho privado, que se tendrían que regir por la normativa de contratos en lo que correspondiere

Las encomiendas de gestión del artículo 15 de la Ley 30/1992 difieren de los contratos regulados en la LCSP no necesariamente por razón de su objeto, sino porque les falten otras notas definitorias de dichos contratos, como pueden ser la onerosidad o la existencia de dos partes formalmente distintas.

Problemas para diferenciarlos dos regímenes jurídicos de las encomiendas (I)

- ÁMBITO MATERIAL DE LA ENCOMIDA DEL 15 DE LA 30/92

→tanto las relaciones jurídicas cuyo objeto no está integrado por prestaciones propias de los contratos administrativos

→como los negocios jurídicos cuyo objeto presenta un contenido claramente contractual desde el punto de vista de la LCSP

- se puede afirmar, por tanto, que si bien el ámbito objetivo del artículo 15 de la Ley 30/1992 es más amplio que el que regula la LCSP, aparentemente hay una cierta coincidencia o superposición entre los encargos de gestión regulados por ambas leyes.

Problemas para diferenciarlos dos regímenes jurídicos de las encomiendas (II)

Circular 6/2009 de la Abogacía General del Estado

conflicto positivo de las dos normas jurídicas que regulan la misma figura con requisitos diferentes

Debe resolverse con los principios generales del derecho: la doctrina de la *lex* posterior y el principio de la ley especial respecto de la ley general

La LCSP 30/07 modificó el Art. 15 de la 30/92: este precepto ya no se refiere alas encomiendas de gestión de contenido materialmente contractual

LCSP: actuaciones que consisten en la realización de prestaciones propias de los contratos de obras, suministro y servicios a cambio de una contraprestación económica

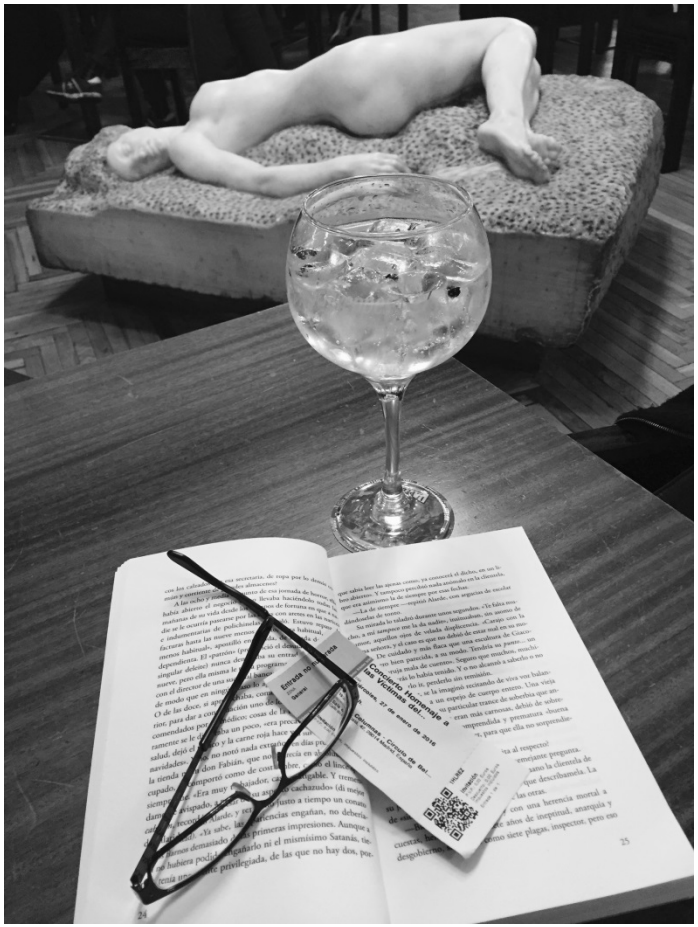
Art. 15: actividades o actuaciones que por su contenido sean ajenas a la legislación de contratación pública y no guarden relación con ella

Problemas para diferenciarlos dos regímenes jurídicos de las encomiendas (III)

CONSECUENCIAS

- Encargo de gestión de contenido materialmente contractual: LCSP, bajo sus requisitos. Sin ello no se podrá cumplir ni por la LCSP ni por el Art. 15
- Los encargos de gestión de la LCSP no exigen el cumplimiento de los requisitos formales que prevé el Art. 15
- suficiente :que la entidad que hace el encargo notifique a la entidad que recibe el encargo el acuerdo que ha adoptado y no es necesario publicar en un BO para que produzca eficacia

Estudia el pasado si quieres pronosticar el futuro.
Confucio



No pienso nunca en el futuro porque llega muy pronto.
Albert Einstein