



Bienvenida sea la nueva regulación de la figura del convenio. Una pequeña reflexión sobre la dimensión institucional de la misma con especial referencia al régimen jurídico de la causa de resolución unilateral como ejemplo de su especial naturaleza jurídica

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

Doctor en Derecho

Subdirector general de régimen jurídico y personal de la Secretaría General Técnica.

Vicealcaldía del Ayuntamiento de Madrid

lgiraldes@hotmail.es | <https://orcid.org/0000-0001-5129-3403>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

El presente trabajo analiza la figura del convenio de colaboración desde una perspectiva dogmática y doctrinal, en la creencia de que el derecho es una construcción técnica y como tal presenta una estructura teórica que aporta criterios de solución de los problemas jurídicos prácticos. Se analiza la figura del convenio desde el punto de vista de la teoría institucional del derecho, que aporta elementos sustantivos para el análisis jurídico. También se ponen a prueba las conclusiones a las que se ha llegado, ofreciendo para el análisis un supuesto práctico especialmente extremo, cual es la resolución unilateral del convenio, luciendo especialmente en este supuesto las características y contornos institucionales que se han ofrecido, tratando de demostrar la dimensión práctica de las construcciones teóricas.

Palabras clave: convenio de colaboración; resolución unilateral; indemnización por daños y perjuicios.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2021

Cómo citar: Giraldes Gutiérrez, L. S. (2021). Bienvenida sea la nueva regulación de la figura del convenio. Una pequeña reflexión sobre la dimensión institucional de la misma con especial referencia al régimen jurídico de la causa de resolución unilateral como ejemplo de su especial naturaleza jurídica. *Revista CEFLegal*, 245, 57-84.



Welcome the new regulation of the public agreement. A small reflection on the institutional dimension thereof with a special reference to the cause for unilateral termination legal regime as an example of its special legal nature

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

Abstract

This work analyzes the figure of the collaboration agreement from a dogmatic and doctrinal perspective, in the belief that the law is a technical construction and as such presents a theoretical structure that provides criteria for the solution of practical legal problems. The institution of agreement is analyzed from the point of view of the institutional theory of law, which provides substantive elements for the legal analysis. The conclusions that have been reached are also put to the test, offering for the analysis a particularly extreme practical assumption, which is the unilateral resolution of the agreement, showing especially in this assumption the characteristics and institutional contours that have been offered, trying to demonstrate the practical dimension of the theoretical constructions.

Keywords: collaboration agreement; unilateral termination; compensatory damages.

Citation: Giraldes Gutiérrez, L. S. (2021). Bienvenida sea la nueva regulación de la figura del convenio. Una pequeña reflexión sobre la dimensión institucional de la misma con especial referencia al régimen jurídico de la causa de resolución unilateral como ejemplo de su especial naturaleza jurídica. *Revista CEFLegal*, 245, 57-84.



Sumario

1. Introducción
 2. Breves consideraciones históricas. De una figura residual a una categoría sustantiva del derecho administrativo
 3. Principales rasgos caracterizadores del convenio de colaboración
 4. ¿Podemos decir que el convenio es una institución del derecho administrativo?
 - 4.1. Consideraciones introductorias previas
 - 4.2. ¿Podemos decir que el convenio es una institución del derecho administrativo?
 - 4.3. Consecuencias jurídicas prácticas de que el convenio sea una institución
 5. Ponemos a prueba la dimensión institucional del convenio. Un supuesto práctico: La resolución unilateral del convenio
 - 5.1. Planteamiento del problema
 - 5.2. Análisis de la regla jurídica. Causa de resolución del convenio
 - 5.3. Sobre el carácter subsidiario de la causa de resolución
 - 5.4. Procedimiento para canalizar la resolución por incumplimiento
 - 5.5. Valoración de la argumentación realizada
 - 5.6. Consideraciones finales
 6. Conclusiones
- Referencias bibliográficas



Una institución social consiste esencialmente en una idea objetiva transformada en una obra social por un fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas.

Maurice Hauriou (2003)

1. Introducción

Los convenios de colaboración constituyen instrumentos jurídicos habituales en el tráfico jurídico administrativo¹; sin perjuicio de su frecuente uso, este instrumento jurídico no ha recibido interés por parte del legislador hasta hace bien poco². En concreto, ha sido necesario esperar al año 2015 para encontrar una regulación completa de la figura³; esta circunstancia supone que a la luz de la nueva regulación surgen nuevas dudas y controversias que se hace necesario aclarar y delimitar adecuadamente.

La idea de redactar el presente trabajo nace de dudas de tipo práctico que he tenido que analizar en los últimos meses en mi ámbito profesional. De las mismas he visto una oportunidad de estudio de un supuesto que, para mí, ha sido de gran interés y agrado. En concreto, el régimen jurídico de la resolución unilateral de los convenios de colaboración. Si bien parece una cuestión sencilla de tratar, creo que merece un análisis de cierta profun-

¹ Martin Retortillo (2007, p. 397) señala: «En definitiva, es técnica de administrar, que en su misma singularidad resulta obligado considerar, habida cuenta que constituye el cauce habitual, y cada vez más frecuente, en el proceder de las distintas administraciones públicas».

² García de Enterría y Fernández Rodríguez (2000, p. 667) dicen que «se trataría de una técnica de administrar, en el sentido jurídico de esta expresión, y no de intercambiar prestaciones patrimoniales. Laubadere propuso por eso para esta figura el nombre, no desprovisto de equívocos, de "contratos o conciertos de administración", en el sentido funcional y no subjetivo de este término; la Administración no trata aquí de proveerse de bienes y servicios, sino que directamente administra a través de convenios». También Cosculluela Montaner (2002).

³ En concreto el capítulo VI del título preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP) (arts. 47 y ss.), que lleva por rúbrica «De los convenios». Debe significarse que esta regulación tiene carácter básico.

dididad para exponer todos los contornos que rodean a este tema, y que van más allá de la literalidad de la ley; por otro lado, surge la oportunidad de hacer una reflexión de radio más extenso sobre la figura del convenio de colaboración.

El derecho es una ciencia social o del espíritu⁴, y como tal tiene unos mecanismos propios para abordar los problemas «jurídicos». Por el ello, el análisis jurídico debe ser racional y conforme a los criterios de la ciencia jurídica, para lo cual es aconsejable esbozar el origen de la regulación objeto de análisis, viendo sus puntos de inflexión, construyendo, si se puede, categorías que permitan subsumir la problemática de tipo práctico. En definitiva, hacer uso de la dogmática jurídica para argumentar en derecho⁵.

Por otro lado, la Administración es una organización compleja, que nuestro sistema jurídico-político pone a disposición de los gobernantes legítimamente elegidos, para implantar y desarrollar políticas públicas⁶. Si bien es cierto que la Administración sirve con «objetividad los intereses generales» (art. 103.1 de la Constitución de 1978), no lo es menos que la delimitación de esas líneas de actuación le corresponde al titular del poder ejecutivo, elegido en elecciones democráticas por medio de la pugna entre organizaciones políticas (partidos políticos) rivales que exponen sus programas y soluciones a la colectividad⁷. Por ello, la Administración sufre encuentros y desencuentros, cambios de gobierno y de equipos directivos programados o bruscos (por ejemplo, una moción de censura). Esos cambios someten a revisión las decisiones que han tomado los responsables públicos anteriores, al entender los nuevos que no deben estar vinculados por las decisiones que les preceden. Las decisiones que se toman en el seno de la Administración presentan una doble dimensión, a saber, jurídica y política, ya que, no lo neguemos, la Administración es un instrumento de acción política (el más potente que existe), siendo legítimo que tengan esa doble dimensión. He de confesar que existe un cierto recelo en la Administración para hablar de política

⁴ Kelsen (2011, p. 48) dice: «La ciencia jurídica es una ciencia del espíritu, y no una ciencia de la naturaleza [...]. Lo que es innegable es que el derecho, considerado como norma, es una realidad espiritual y no una realidad natural».

⁵ Schmidt-Assmann (2003, p. 7) dice: «La función dogmática consiste en resolver y decidir argumentalmente y de modo coherente, por referencia o relación a un sistema, las concretas y singulares cuestiones jurídicas que se suscitan».

⁶ Schmidt-Assmann (2003, p. 111) dice: «Desde el punto de vista institucional, el Ejecutivo está legitimado en la medida en que la Constitución determina su posición y su función como órgano, un órgano especial dentro de la división de poderes».

⁷ Loewenstein (2018, p. 326) dice: «Las elecciones sirven, en primer lugar, para que el electorado designe a los detentadores del poder en el gobierno y el parlamento. Aquí existen también métodos indirectos o directos. La designación directa del detentador supremo del poder ejecutivo es característica del tipo gubernamental presidencialista y de sus variantes. El electorado, que en una sociedad de masas sigue necesariamente las directrices de los partidos, determina por medio de la elección directa la persona que ocupará la presidencia del Estado. La unión con el aceite democrático confiere al jefe del Estado elegido por el pueblo un prestigio especial».

calificando una determinada decisión como política, por ello se prefiere el ropaje técnico o técnico-jurídico, en vez del político, cuando en realidad las cosas son lo que son, de tal forma que los instrumentos jurídicos que usa el sector público son vehículos de canalización de decisiones políticas, ni más, ni menos (pocas decisiones «neutrales»⁸ se toman en la Administración). Siguiendo en este punto a Loewenstein (2018):

La mayor parte de las leyes que componen nuestros códigos son, o bien instrumentos para la ejecución de anteriores decisiones políticas, que trasladan ahora dichas resoluciones a la vida de la comunidad, o bien tienen un carácter estrictamente utilitario al regular exclusivamente el desarrollo normal de las relaciones sociales (p. 66),

podemos decir que nos encontramos ante un tipo (convenio) de carácter utilitario, pero que sirve para canalizar decisiones de tipo político.

Como veremos, el convenio es un instrumento jurídico por medio del cual dos (o más) organizaciones acuerdan colaborar para la consecución de un fin común. A tal efecto, la colaboración tiene un objeto determinado y unos plazos de ejecución que vinculan a organizaciones complejas, en ocasiones, más allá de lo razonable. La decisión de continuar, o no, colaborando para la consecución de un fin que no se comparte tiene un trasfondo jurídico claro, pero también político. Es más, igual la problemática que tiene mayor interés es la de carácter político.

El principio de seguridad jurídica⁹ impone cumplir con lo pactado, ahora bien, el reconocimiento expreso del pluralismo político y el carácter democrático del Estado español (art. 1.1 de la Constitución de 1978) nos llevan a matizar el rigor del principio permitiendo vías de resolución de compromisos equilibradas y razonables, que amplíen la capacidad de decisión de los responsables públicos.

La colaboración tiene un elemento teleológico que se proyecta sobre los sujetos que colaboran, cual es la voluntad de colaborar. El convenio, como veremos, no es un contrato, lo que supone que se ve liberado de sus connotaciones patrimoniales, con sus correspondientes consecuencias jurídicas prácticas.

⁸ Por «neutral» se entiende una decisión sin ningún tipo de connotación política.

⁹ Blanquer Criado (2010, p. 112) dice: «Pues bien, la máxima *pacta sunt servanda* (los pactos han de observarse y deben cumplirse de buena fe) es una de las derivaciones del principio de seguridad jurídica orientado al mantenimiento o la conservación de la certeza en el ámbito contractual. Su origen se remonta al Derecho romano; fue en el siglo II cuando Ulpiano hizo referencia a la necesidad de observar los pactos (Digesto 2, 14, 7, 7): "Mantendré los pactos convenidos que se hayan hecho sin dolo, sin infringir las leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos o edictos de los emperadores, y que no sean fraude de cualquiera de ellos"».

2. Breves consideraciones históricas. De una figura residual a una categoría sustantiva del derecho administrativo

La voluntad de los hombres de colaboración para el logro de objetivos comunes se ha resuelto técnicamente a través diversas formas, por el ejemplo, haciendo uso de fórmulas orgánicas de colaboración, mediante la creación de organismos jurídicos en los que aparecen espacios para aunar voluntades y conseguir objetivos comunes. Estos espacios son las personas jurídicas¹⁰, ahora bien, la persona jurídica implica un ámbito de colaboración de vigencia amplia, y tiene una estructura interna compleja que puede que no sea adecuada para la consecución de fines de carácter parcial.

Pronto el contrato, entendido como figura jurídica por medio de la cual se llega a un acuerdo entre intereses contrapuestos¹¹, se muestra insuficiente para aunar voluntades no contrapuestas, y es necesario buscar instrumentos jurídicos por medio de los cuales las personas puedan colaborar¹². En este sentido, Bassols Coma (1977) señala lo siguiente:

Es unánime la opinión doctrinal en atribuir a Gierke (1887) la distinción entre contrato, por una parte, y una serie de actos individuales que concurren en un mismo objetivo (fundación de una sociedad o asociación), que reciben la denominación por su estructura de Acto Conjunto (*Gesammtatkt*) y, por intencionalidad, convenios (p. 82).

Aparece así la figura del convenio como distinta a la del contrato, mientras que la base teleológica en el primero es la idea de colaboración en la consecución de un fin común, a través de voluntades no antagonistas, sino coincidentes, en el caso del contrato, las declaraciones de voluntad son contrapuestas, existiendo para cada una de las partes un fin propio e independiente del de la otra.

Dentro de los antecedentes más próximos de la figura, en el ordenamiento jurídico español, nos situamos en el año 1973 con la Ley de 17 de marzo de 1973 de modificación

¹⁰ Castro Bravo (1972, p. 69), dice: «Esta idea de la realidad es resucitada por Otto von Gierke, entusiasta de las tradiciones germánicas. Con pasión y brillantez inigualada, defiende que la persona jurídica es de naturaleza "supraindividual"; que se trata de "una persona efectiva y completa, como la persona individual", "su alma está en la voluntad común y su cuerpo en el organismo asociativo"».

¹¹ Carnelutti (2010, p. 14) dice: «Económicamente el contrato es la expresión de un equilibrio logrado por las fuerzas contrarias de los combatientes».

¹² Duguit (2007, p. 199) habla del fenómeno de la superación de la idea del contrato: «Pero la mayoría de los jurisconsultos, dominados por la concepción tradicional, en lugar de ver en todos estos actos, que no conoce el Derecho civilista, formas jurídicas nuevas, en lugar de analizarlas como tales, han querido, a toda costa, comprenderlas en el viejo cuadro estrecho el contrato [...]. Naturalmente, no lo han conseguido; no podían conseguirlo, porque no podían demostrar que una cosa, que no es realmente un contrato, lo sea [...]. A esto se debe el que nos hablen de contratos de adhesión, de contratos de taquilla, de contratos colectivos, de *contratos de colaboración*, cosas estas todas que no son contratos».

parcial de la Ley contratos del Estado, que al enumerar los contratos y negocios jurídicos de la Administración excluidos de la misma, incluyó en su apartado 7 a los «convenios de colaboración que, en virtud de la autorización del Gobierno, celebre la Administración con particulares y que tengan por objeto fomentar la realización de actividades económicas privadas de interés público». Aparece en nuestro ordenamiento jurídico la figura del convenio de colaboración como una categoría jurídica excluida de la legislación de contratos. La regulación se completa con el apartado 2 del artículo 7 que disponía lo siguiente:

Los referidos contratos y negocios jurídicos seguirán regulándose por sus normas peculiares, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran plantearse. Sin embargo, a los convenios a que se refiere el apartado 7 de este artículo se les aplicarán supletoriamente las reglas sobre la preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicios públicos.

Para comprender mejor esta nueva figura que aparece en el tráfico jurídico administrativo, es conveniente analizar los trabajos parlamentarios previos a su aprobación; esos trabajos son estudiados de una manera relevante por Bassols Coma (1977), que indica:

En el debate de la Comisión de Hacienda de las Cortes¹³, el precepto en su redacción original fue objeto de importantes críticas por considerarlo excesivamente vago y de una generalidad «pavorosa», suscitándose vivamente la necesidad de precisar e introducir algunas garantías (aprobación gubernamental previa, enumeración concreta de las figuras comprendidas en esta denominación, etc.) que eliminaran la impresión. Como consecuencia del debate se admitió una enmienda *in voce*¹⁴ que determinó la sustitución del vocablo «actividades para el desarrollo económico» por el de «actividades económicas privadas de interés público». Esta innovación, antes de ser aprobada definitivamente, fue objeto de importantes observaciones, lo cual dio motivo para que el representante del Ministerio de Hacienda en las Cortes pudiera manifestar los propósitos que perseguía el Gobierno con la configuración de esta figura y los supuestos concretos que la misma comprendía (p. 63)¹⁵.

A este respecto, el representante de la Administración precisó:

En este tipo de convenios, que en el Derecho europeo se conocen con el nombre de convenios de colaboración, que son convenios de regulación casuística, cada

¹³ El texto completo puede consultarse en el Boletín Oficial de las Cortes, núm. 1227, de 6 de octubre de 1972.

¹⁴ La enmienda *in voce* fue presentada por el procurador señor Madrid del Cacho.

¹⁵ Los supuestos incluidos «básicamente son las acciones concertadas, los polos de promoción y desarrollo e incluso los concursos que la Administración convoca para la instalación y puesta en marcha de empresas que interesan públicamente, aunque sean privadas. Como típico ejemplo puede citarse el convenio para la instalación y puesta en marcha de la cuarta planta siderúrgica».

uno tiene sus propias normas, y faltaba un sentido unitario que creo que con el proyecto se les da, porque, primero, dice que no son contratos; segundo, respeta sus normas peculiares, y tercero, les aplica supletoriamente las normas que la ley establece sobre contratos de servicio público. La diferencia es muy clara: la actividad económica privada de interés público sigue siendo actividad privada, mientras que la actividad de servicio público es asumida por el Estado como propia y por eso deja de ser privada y pasa a ser pública.

La regulación inicial de la figura del convenio de colaboración nos ofrece una figura con un ámbito de actuación muy determinado y limitado (planificación económica), y con un tipo normativo de escaso valor dogmático, al no incorporarse una definición o conceptualización de la figura. Esa limitación dogmática se vislumbra en su régimen jurídico, que se construye mediante la aplicación de los principios de la ley para resolver dudas y lagunas, y la remisión supletoria a la figura del contrato de gestión de servicio público. La remisión a la legislación de contratos para completar la figura del convenio es un rasgo normativo que se ha mantenido a lo largo de las décadas.

El siguiente salto en la evolución histórica de la figura lo encontramos en la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, en cuyo artículo 6 se hace referencia a los convenios de colaboración suscritos entre Administraciones públicas. En paralelo, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones públicas (LCAP) mantiene el esquema de 1973, excluyendo los convenios del ámbito de aplicación de la ley, aplicando los principios de la ley para resolver dudas y controversias (art. 3.1 en relación con el 3.2 de la ley)¹⁶.

Con esta regulación se advierte una ampliación y generalización del uso de la figura, que es aplicable a todo tipo de relaciones entre las Administraciones, y la posibilidad de uso en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, siempre que las prestaciones no sean las propias de un contrato (art. 3.1.d LCAP), si bien esta ampliación del campo de acción de la figura no fue acompañada de una adecuada delimitación dogmática del convenio de colaboración.

El esquema comentado se mantiene sin grandes variaciones hasta la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (LCSP); formalmente no se advierten cambios (inclusión de convenio dentro del apartado de las exclusiones y aplicación de los principios de la ley para la resolución de dudas o controversias, artículo 4.1 en relación con el 4.2 LCSP), no obstante, desde el punto de vista sustantivo, sí que se produce una variación, al exten-

¹⁶ Con esta regulación el contrato se convierte en un mecanismo para facilitar el fenómeno de la huida del derecho de la contratación pública, ya que cuando la colaboración es entre Administraciones, no cabe contrato administrativo; y cuando es entre administración y particulares con objeto atípico se aplica la figura del convenio.

der la figura del contrato administrativo a las relaciones entre Administraciones públicas¹⁷, así, el artículo 4.1.c) de la LCSP excluye a los convenios, siempre que su objeto no sea el propio de un contrato administrativo típico, en cuyo caso se sometería a la Ley de contratos.

Como contraparte al inmovilismo dogmático del legislador, la jurisprudencia va perfilando una noción jurídica de la figura del convenio de colaboración, un extracto de esta posición jurisprudencial lo proporciona el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 1.116/2015, sobre el anteproyecto de Ley de contratos del sector público, de 10 de marzo de 2016, que dice lo siguiente:

Conforme con sus previsiones, la característica diferenciadora de los convenios frente a los contratos radica en que, como se ha dicho en alguna ocasión por la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1994 y 28 de mayo de 1995), frente al modelo clásico de los contratos en que se da un antagonismo patrimonial en las prestaciones de las partes, los convenios responden a la idea de colaboración en la consecución del fin común. Inherentes a la noción de contrato son, de una parte, la emisión de declaraciones de voluntad intrínsecamente diferentes por parte de los contratantes, pero que se corresponden entre sí y que coinciden en la obtención de un mismo efecto jurídico, y, de otro lado, la equivalencia de prestaciones o su carácter sinalagmático. En los convenios, por el contrario, la idea prevalente es la de colaboración entre las partes para la consecución de un fin común. Las partes no se enfrentan como portadoras de intereses contrapuestos y, de ordinario, no emiten declaraciones de voluntad intrínsecamente diferentes sino generalmente iguales.

Por ello vemos que frente a la parquedad regulatoria, y las lagunas dogmáticas de la regulación, reacciona la jurisprudencia aportando un concepto jurídico de convenio que se fundamenta en la idea de la colaboración para la consecución de un fin común.

Un paso importante en la evolución se produce con la Moción número 878 de 30 de noviembre de 2010 del Tribunal de Cuentas, moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las Administraciones públicas¹⁸. Es importante por su valor dogmático y jurídico, y por la relevancia institución del órgano recomendante de la regulación.

Llegamos a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), que dedica a este tema el capítulo VI del título preliminar (arts. 47 y ss.). De con-

¹⁷ Antes de la reforma no se admitía la figura del contrato entre Administraciones, al entender que no cabía ejercer las potestades inherentes a la contratación pública entre Administraciones, por lo que se buscaba una figura jurídica que permitiera un equilibrio entre las partes, y esa figura era el convenio.

¹⁸ Puede consultarse en: <<https://www.tcu.es/repositorio/0891c719-10cc-4fc5-b2ec-f6992315a0ba/1878.pdf>>.

formidad con la disposición adicional decimocuarta, esos preceptos tienen la consideración de básicos. La valoración del impacto normativo de esta nueva regulación la hace el legislador, así, el apartado II *in fine* de la exposición de motivos de la LRJSP dispone:

Por último, se regulan en el Título Preliminar los convenios administrativos, en la línea prevista en el Dictamen 878 de Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre, de 2010, que recomendaba sistematizar su marco legal y tipología, establecer los requisitos para su validez, e imponer la obligación de remitirlos al propio Tribunal. De este modo, se desarrolla un régimen completo de los convenios, que fija su contenido mínimo, clases, duración y extinción y asegura su control por el Tribunal de Cuentas.

El esfuerzo realizado por el legislador ha sido de máximos, al dar una noción legal y básica de la figura del convenio (art. 47.1.1¹⁹ LRJSP) y tipificar cuatro tipos incluidos en su ámbito de aplicación (art. 47.2²⁰ LRJSP).

Por ello, la regulación que proporciona la LRJSP ofrece un producto jurídico con un régimen jurídico completo y acabado. Se trata de una figura que, en principio, no precisa de la colaboración normativa de otras normas para resolver las dudas y controversias que surjan

¹⁹ El artículo 47.1.1 de la LRJSP dice:

Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común.

²⁰ El artículo 47.2 de la LRJSP dispone:

Los convenios que suscriban las Administraciones Públicas, los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes y las Universidades públicas, deberán corresponder a alguno de los siguientes tipos:

a) Convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones Públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración Pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas.

Quedan excluidos los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se registrarán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de autonomía.

b) Convenios intradministrativos firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración Pública.

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

d) Convenios no constitutivos ni de Tratado internacional, ni de Acuerdo internacional administrativo, ni de Acuerdo internacional no normativo, firmados entre las Administraciones Públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de Derecho internacional, que estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes.

en su tramitación. Esta circunstancia nos hace avanzar que, en principio, en la regulación de los convenios no deberían producirse lagunas reales, sino que nos encontraríamos ante lagunas «ideológicas»²¹. Por ello, tendremos que ser capaces de afrontar la problemática que plantea el régimen jurídico de los convenios desde la perspectiva de la LRJSP, siendo capaces de advertir cuando la solución jurídica que obtenemos constituye una laguna de tipo ideológico y, por lo tanto, no real. Cierra la regulación la legislación de contratos (Ley 9/2017), que mantiene a los convenios dentro del ámbito de los negocios jurídicos excluidos de la regulación (art. 6)²², aplicándose los principios de la ley para resolver dudas y lagunas

²¹ Bobbio (2016, p. 217) dice: «También se entiende por "laguna" la ausencia no ya de una solución cualquiera que esta sea, sino de una solución *satisfactoria*, es decir, no la ausencia de una norma, sino la falta de una *norma justa*, o sea, de aquella norma que se desearía que existiese y que no existe. Dado que estas lagunas derivan no ya de la consideración del ordenamiento jurídico tal cual es, sino de confrontar el ordenamiento jurídico existente con lo que debería ser, se las ha denominado "ideológicas", para distinguirlas de las que eventualmente se encontrarían en el ordenamiento jurídico, y que pueden llamar "reales". Podemos también enunciar la diferencia de este modo: las lagunas ideológicas son lagunas *de iure condendo*; las lagunas reales son lagunas *de iure condito*». Labandl (2012, p. 4) dice: «Si, por el contrario, hay una desarmonía entre lo que se reconoce como Derecho y lo que se desea como tal por razones políticas, no será lícito negar tal desarmonía simplemente porque es desagradable».

²² La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, dispone en su artículo 6:

1. 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 la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídica pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico-privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.

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. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

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 presten 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.

(art. 4 de la Ley 9/2017)²³. Por lo tanto, sigue la Ley de contratos con el esquema regulatorio iniciado en el año 1973, resultando de aplicación los principios de la ley para la resolución de dudas y lagunas. Ahora bien, desde el punto de vista dogmático esta solución normativa me parece poco adecuada. El motivo es que la técnica jurídica de la analogía se basa en la existencia de una *ratio común* de las regulaciones²⁴, lo que supone que se busque la solución entre regulaciones o figuras sustancialmente coincidentes, y, en este caso, se está buscando la solución a los problemas planteados en un convenio en una figura jurídica que tiene una base o fundamento diferente; como ya hemos dicho, la base teleológica del convenio es la colaboración en la consecución de un fin común, mientras que la del contrato es antagonismo patrimonial entre las partes. Por ello, la regulación de los contratos ofrece reglas para solucionar conflictos entre partes que tienen intereses contrapuestos. La solución no es lógica desde el punto de vista dogmático, ni tampoco lo será desde una perspectiva práctica, toda vez que aportará soluciones jurídicas inadecuadas a los problemas que plantea el convenio de colaboración, corriendo el riesgo de que esas soluciones estén marcadas por los aspectos de carácter patrimonial y por la contraposición de intereses, en vez de estar inspiradas en la idea de la colaboración. Probablemente la solución sea tributaria de una tradición histórica precedente, que tiene como fundamento la existencia de una regulación residual y parca de la figura del convenio, la cual demandaba un complemento normativo. Ahora el convenio es una figura que cuenta con una regulación completa, no precisando de una colaboración normativa de una forma tan necesaria. No obstante, por su naturaleza jurídica, igual esa colaboración sería mejor buscarla en el ámbito de los principios generales informadores de las relaciones entre las Administraciones públicas, que guardan una *ratio común*, más relacionada con la de los convenios que los contratos del sector público²⁵.

2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

3. Asimismo, quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público.

²³ El artículo 4 dispone:

Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

²⁴ Bobbio (2016, p. 226) dice: «Lo mismo vale para el razonamiento por analogía usado por los juristas. Para que se pueda sacar la conclusión, o sea, atribuir al caso no regulado las mismas consecuencias jurídicas atribuidas al caso regulado similarmente, es necesario que entre los dos casos exista, no una semejanza cualquiera, sino una semejanza relevante, es decir, es necesario sacar de los dos casos una cualidad común a ambos, que sea al mismo tiempo la razón suficiente por la que al caso regulado se le ha atribuido aquella consecuencia y no otra».

²⁵ En este sentido, se cita la Moción 878 a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo de convenio de colaboración por las Administraciones públicas, de 30 de noviembre de 2010, que dice:

3. Principales rasgos caracterizadores del convenio de colaboración

Como hemos visto, la figura del convenio de colaboración es un tipo fuertemente caracterizado por el elemento teleológico, que consiste en la colaboración para la consecución de un fin común (causa del convenio)²⁶. Se extraen una serie de reglas o principios informadores de la actividad convenial, que nos sirven para delimitar la figura:

- *Carácter marcadamente finalista de la actividad convenial*: Lo anterior supone que el convenio es un negocio jurídico marcado por la causa, siendo esa causa el fin común²⁷ de las partes suscriptoras. Se puede decir de una mane-

Establece el art. 4 LCSP en su apartado 2, en una disposición aplicable a todos los negocios y relaciones jurídicas que relaciona en el apartado 1, y por lo tanto, a ambos tipos de convenios, que «se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse». Tales principios, según se enuncian en el art.1, son los de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación, y si suponen compromisos financieros, los de estabilidad presupuestaria y control del gasto y de eficiencia en utilización de los fondos públicos [...]. Más problemático resulta valorar el alcance de la aplicación de los expresados principios en los convenios interadministrativos, que vienen a confluír con el de lealtad institucional, que formula el art. 4 de la LRJ-PAC, y con los principios o normas administrativas, debiendo ser interpretados íntegramente con estos. Así sucede, en particular, con el principio de concurrencia, cuya operatividad se verá condicionada por el principio de territorialidad de la competencia, puesto que la suscripción del convenio solo podrá ser realizada con aquella Administración competente por razón de la materia o del territorio, circunstancias que pueden llevar a la exclusión de las otras.

²⁶ Tal y como indica el Tribunal de Cuentas en su Moción 878, de 30 de noviembre de 2010 a las Cortes Generales sobre la necesidad de establecer un adecuado marco legal para el empleo del convenio de colaboración por las administraciones públicas, p. 16, «en el convenio cada sujeto asume, junto al otro u otros con los que formaliza el acuerdo de voluntades, una obligación de dar o hacer, pero dicha obligación no tiene por causa "la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte", lo que situaría en el ámbito de los contratos onerosos (art. 1274 CC) sujetos a la LCSP (art. 2 LCSP). La causa de la aportación será la consecución de un fin común a los sujetos que conviven, y como quiera que, al menos uno de ellos, ha de ser una Administración pública, dicho fin habrá de ser de interés público».

²⁷ La terminología de la Ley ha sido criticada por la doctrina, así Bensusan Martín (2016, p. 20) dice: «Y si responde la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público a las expectativas del Tribunal de Cuentas, aportando por vez primera un concepto jurídico de convenio, que recoge la del fin común, aunque no se refiere expresamente que ese fin común ha de ser un fin de interés público [...]. No obstante, el "fin común" aparece como un concepto jurídico indeterminado que puede ampliar o reducir el ámbito de potenciales acuerdos, lo cual puede dar lugar a confusiones o a una relativa inseguridad jurídica». Por mi parte indicar que la referencia al fin común constituye un rasgo institucional caracterizador de la figura producto de su evolución histórica por lo que, en mi opinión, es acertada la referencia, si se contextualiza en su entorno institucional (como se verá más adelante). Por otro lado, sobre la necesidad de consecución de intereses públicos, considero que no es necesario hacer referencia a la misma al entender que todo el sector público está obligado a la consecución de esos intereses por mandato constitucional (art. 103.1 de la Constitución).

ra gráfica que la causa en el convenio tiene una especial vertiente subjetivista²⁸, lo que se supone que el fin común tiene un especial peso, por encima de la objetivación del negocio propia de los negocios jurídicos típicos; téngase en cuenta la atipicidad que presenta el convenio²⁹. Ese carácter atípico hace que cobre fuerza la dimensión subjetiva de la causa, conformando el devenir del negocio jurídico.

- *Principio de equilibrio o de prestaciones equilibradas de las partes*: Las prestaciones pactadas entre las partes con cargo al convenio deben ser equilibradas, esto es, deben cubrir el coste de la colaboración pactada, sin que puedan suponer un beneficio económico para alguna de las partes suscriptoras. Téngase en cuenta una de las características del convenio, que lo diferencian del contrato, cual es la ausencia de contenido patrimonial³⁰. Así, el artículo 48.6 de la LRJSP establece la siguiente regla: «Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio». Como consecuencia de este equilibrio de las prestaciones, en el seno de los convenios no se da una contraposición de intereses,

²⁸ Sobre la causa Castro Bravo (1971, p. 179) dice: «Las teorías que sobre ellas se han elaborado son muchas; pero, dejando de lado variantes secundarias, se pueden adscribir a una de las dos direcciones llamadas subjetivistas y objetivistas. La subjetivista atiende al propósito de quien o quienes han dado lugar al negocio. La objetivista es seguida por los que consideran el requisito del hacerse una prestación o del conformarse el negocio a una estructura típica. La dirección subjetiva, al valorar principalmente la voluntad individual, ha podido ser motejada de individualista y liberal, mientras que la objetivista es calificada de legalista [...]. También ha de advertirse que ambas corrientes se han influenciado mutuamente y que los autores combinan sus postulados para armonizar los propios puntos de vista teóricos con las leyes y las exigencias de la práctica. Lo que no ha de extrañar, pues la concepción de causa que se llevara a los Códigos tenía en cuenta elementos subjetivos y objetivos».

²⁹ Castro Bravo (1971, p. 202) dice: «Los negocios típicos han sido vistos con especial favor; su coincidencia con la figura legal supone que el resultado social propuesto goza del beneplácito jurídico, es decir, su causa es considerada suficiente. La ley le ofrece, además, el apoyo de su ejemplo y de su ayuda, mediante reglas de Derecho dispositivo. En cambio, el negocio atípico necesitará para su validez ser referido a una determinada causa, es decir, a la reciprocidad de prestaciones o promesas (art. 1274, 1289), a la remuneración de un servicio o beneficio (arts. 1274, 622), a la mera liberalidad (arts. 1274, 1289, 618), y posiblemente al cumplimiento de un deber moral o social, y como negocios "nuevos" carecerán también de apoyo y complemento de las reglas de Derecho dispositivo».

³⁰ García de Enterría y Fernández Rodríguez (2000) dicen: «Se trata de figuras que no pueden encontrar paralelo en el Derecho contractual privado, porque no suponen ningún ejemplo de colaboración patrimonial entre partes, un fenómeno económico de intercambio, sino, por el contrario, un simple acuerdo sobre la medida de una obligación, de una ventaja típicas de una relación de sumisión jurídico-pública previamente establecida entre la Administración y la persona con quien ella convive. Así, un convenio expropiatorio (art. 24 LEF, que no es, por supuesto, una venta, sino una adhesión a la expropiación; procediendo esta última de la decisión imperativa), o un concierto fiscal de evaluación objetiva de bases tributarias o de liquidación de cuotas».

así las prestaciones del convenio no tienen interés patrimonial³¹, por ello en el convenio no hay una contraposición de intereses³².

- *Principio de sostenibilidad financiera*: Proclamado en el artículo 48.5 de la LRJSP, este mandato especialmente tributario de los tiempos que vieron nacer a la LRJSP, y que se vio precedido de una modificación de la Constitución, en concreto del artículo 135³³, para incluir ese principio, tiene valor constitucional.
- *Principio de solvencia financiera de las partes*: Aparece recogido en el artículo 48.5 *in fine* de la LRJSP que dispone: «[...] debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio», lo que impone realizar un análisis de la solvencia financiera de las partes que firman el convenio. Más cuestionable es defender un análisis de la solvencia técnica, ya que no aparece claramente explicitado. Se podría justificar por aplicación de los principios de eficiencia (art. 31.2 de la Constitución) y eficacia (art. 103.1 de la Constitución), que impiden programar gasto público ineficiente. No obstante, sería una argumentación principalista, y como tal adolecería de la seguridad jurídica que ofrece una regulación concreta. Por ello, más allá de ese argumento sí que se podría defender que sería «aconsejable» realizar un análisis de la solvencia técnica de las partes suscriptoras del convenio, como mejor garantía de la buena ejecución.

4. ¿Podemos decir que el convenio es una institución del derecho administrativo?

A parte del interés de tipo teórico que suscita la reflexión acerca de si el convenio es o no una institución del derecho administrativo, la discusión también tiene una dimensión práctica, ya que las instituciones se independizan de la regulación, sustantivándose y funcionando de una manera autónoma, lo que supone que tienen sus propias reglas y principios infor-

³¹ Como consecuencia de esa ausencia de interés patrimonial, en el caso de incumplimiento, la procedencia de compensación, a través de la indemnización de daños y perjuicios, debe constar expresamente, siendo por lo tanto la regla general su no procedencia. En este punto se diferencia el convenio del contrato, al contraponer el artículo 51.2.c.3.º de la LRJSP con el artículo 1.124 del Código Civil.

³² Bensusan Martín (2016, p. 38) dice: «En los convenios no se manifiesta una contraposición de intereses, al contrario, se trata de establecer una colaboración institucional con la finalidad de llevar a cabo una actuación en respuesta de objetivos compartidos y ninguna de las partes tendrá interés patrimonial, porque los intereses de las partes son públicos. Por el contrario, el contrato consiste en desarrollar una actividad singular y específica que forma parte del tráfico mercantil, existiendo total contraposición de intereses y un interés patrimonial».

³³ El artículo 135.1 de la Constitución dispone: «Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria».

madores. La calificación de una figura del derecho administrativo como institución implica la proclamación de su autarquía normativa, es decir, su capacidad jurídica para resolver las controversias jurídicas que se den sobre la misma en su seno, de una manera relativamente independiente y autónoma. De una forma gráfica se podría decir que el reconocimiento de una dimensión institucional de una figura jurídica supone la proclamación de su mayoría de edad jurídica. Así, son las instituciones y no las normas las auténticas protagonistas de la experiencia jurídica³⁴, por ello las normas no viven aisladas, sino que deben ser valoradas en el ámbito institucional que las corresponde.

4.1. Consideraciones introductorias previas

Siguiendo a Norberto Bobbio, dos son los autores que manejar para hablar de la teoría del derecho como institución: por un lado, Maurice Hauriou, y por otro, Santi Romano³⁵.

La concepción institucional del derecho tiene una especial consideración en España, donde encontramos manifestaciones bien palpables de la misma incluso en nuestra propia Constitución (art. 9.1), habiéndose llegado a hablar, por nuestra mejor doctrina (Lorenzo Martín Retortillo), de «la seducción por el ordenamiento jurídico»³⁶, por lo que la reflexión

³⁴ Martín-Retortillo Baquer (2013, p. LXXII) dice: «El derecho es algo más, algo mucho más complejo que las simples normas en las que se concreta. Insistimos: en su totalidad y con carácter exclusivo, porque lo que sobre este punto decimos en modo alguno supone anular o disminuir el valor del orden normativo, que siempre jugará un papel importante en la determinación de lo jurídico; pienso, incluso, que el papel esencial. Sobre este particular las advertencias de Romano son desde luego reiteradas y constantes; no se trata de reducir el valor de lo normativo, sino simplemente de proclamar que ese orden no agota en sí mismo la realidad jurídica».

³⁵ Bobbio (2016, p. 7) dice: «La teoría del derecho como institución ha sido elaborada, al menos en Italia (dejo de lado lo que se considera acostumbrado antecedente francés, es decir, la doctrina de Hauriou) por Santi Romano en su libro muy importante: *L'ordinamento giuricio* (1.ª edición, 1917, 2.ª edición, revisada y aumentada, 1945)».

³⁶ Martín-Retortillo Baquer (2013) dice: «Se puede afirmar sin vacilación que el meollo de la doctrina del ordenamiento jurídico penetró de lleno, y con fuerza expansiva hacia afuera, en la realidad jurídica concierne a las Administraciones Públicas [...]. Y llegaría luego el momento culminante de la elaboración de la Constitución de 1978. Esa "seducción" por el ordenamiento, a que antes me refería, se manifiesta en que la expresión queda inserta en preceptos clave. Empezando por el decisivo artículo primero, cuyo apartado primero recalca: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico [...]". Poco después, el artículo 9.1 se abre advirtiendo que: «"Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico [...]". En otro precepto clave, a la hora de ordenarse el sistema regional, el artículo 147 insiste en que los Estatutos de Autonomía de la Comunidades Autónomas, "el Estado les reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico". La recepción de la fórmula abre la puerta al complejo sistema de "relaciones" entre los diversos ordenamientos, tan caro a Santi Romano, y que aquí ha dado lugar a interesantes debates».

institucional del derecho, esto es, desde la perspectiva de la teoría institucional³⁷, tiene un especial sentido para nosotros, ya que la apuesta por esta concepción del derecho se ha asumido por la propia Constitución de 1978.

Citando a Hauriou (2003), podemos decir que

con el nombre de institución designamos a todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados. Esta definición negativa es muy amplia; se aplica lo mismo a una regla de derecho consuetudinario que a una organización corporativa que comprenda una universalidad indeterminada de miembros. Por ello se explica que la Corona inglesa sea una institución, lo mismo que el Estado francés; conviene a las instituciones más abstractas, tales como la familia o la propiedad, como a las más concretas, tales como el héroe desconocido que reposa bajo el Arco del Triunfo y que ha llegado a ser una institución nacional (p. 90).

Para Hauriou lo esencial a todas las instituciones es que su duración no depende de la voluntad subjetiva de determinados individuos, llegando a hablar de «cuerpos espontáneos³⁸»; el autor da la siguiente definición de institución: «Una institución social consiste esencialmente en una idea objetiva transformada en una obra social por un fundador, idea que recluta adhesiones en el medio social y sujeta así a su servicio voluntades subjetivas indefinidamente renovadas». Posteriormente el autor despieza y analiza su definición despiezándola en sus principales elementos:

1. La idea objetiva transformada en una organización social por un fundador. Una idea nueva penetra en las relaciones sociales a través de la conciencia subjetiva.
2. El reclutamiento de adhesiones en número indeterminado en el medio social, en cuanto es suscitado por la idea objetiva. Pronto llega la hora del desprendimiento. O desaparecen los fundadores, sobreviviéndoles la institución, o se les separa ya esta, en vida de ellos, por su propia fuerza ascensional que la habilita para seguir por sí misma su trayectoria.
3. La sujeción de las voluntades subjetivas al servicio de la idea institucional. La idea objetiva no recluta solo secuaces cuyo asentimiento y cuya confianza aseguran la

³⁷ Téngase en cuenta que el ordenamiento jurídico es una institución, en el sentido que la entiende Santi Romano (Martín-Retortillo Baquer, 2013, p. 24): «Así pues, la expresión «derecho», entendido en sentido objetivo, puede tener un doble significado. Antes que nada puede designar: a) Un ordenamiento en su totalidad y unidad, esto es, una institución; b) Un precepto o un conjunto de preceptos».

³⁸ Hauriou (2003, p. 90) dice: «No en vano se denomina a estas instituciones "cuerpos espontáneos"; no solo nace espontáneamente, sino que renacen; son cabezas cortadas que vuelven a brotar como las de la hidra mitológica del lago de Lerna».

existencia social de la institución, recluta también agentes o funcionarios, cuyas voluntades subordinadas van a ponerse al servicio de la institución para asegurar su funcionamiento. Las instituciones no viven sino por su doble personal de agentes y adheridos.

4. Las condiciones de duración de las instituciones. Las instituciones sociales duran un tiempo más o menos largo, según que respondan mejor o peor a las necesidades del medio social y según que las ideas sobre que reposan estén más o menos cerca de la verdad y de la justicia.

Las instituciones responden a necesidades, prestan servicios; cuando cesan de rendirlos, o se han transformado las necesidades o se han corrompido las instituciones haciéndose parasitarias, en este caso la confianza del público se aparta de ellas lentamente (Hauriou, 2003, p. 97).

Por lo que a nosotros nos interesa, la institución supone una objetivación de una idea, que se desvincula de su creador, y arraiga en la conciencia de la colectividad que la reconoce como tal. La institución pervive a lo largo del tiempo, y se mantiene, en la medida en que es útil socialmente.

Nos recuerda Bobbio (2016) que

para Romano los elementos constitutivos del concepto de derecho son tres: la sociedad, como base de hecho de donde deriva su existencia el derecho; el orden, como fin al cual tiende el derecho; y la organización, como medio para realizar el orden. Se puede decir, en síntesis, que según Romano existe derecho cuando hay una organización de una sociedad ordenada, o también, con palabras análogas, una sociedad ordenada por medio de una organización o de un orden social organizado. Esta sociedad organizada y ordenada es lo que Romano llama institución. De los tres elementos constitutivos, el más importante y decisivo es ciertamente el tercero, la organización: los dos primeros son necesarios, pero no suficientes (p. 7).

Naturalmente estos elementos hay que modularlos en función de la institución de la que se trate. No obstante, es de destacar la idea de organización, toda vez que la misma hace que la propia institución se nutra y autointegre, cubriendo sus lagunas con sus propias reglas y principios.

Continuando con Romano (1945), y su obra esencial en la materia (*El ordenamiento jurídico*), se destacan los siguientes elementos de la institución:

- La institución es un ente cerrado que puede considerarse *in se* y *per se*.
- La autonomía de cada institución no tiene, pues, que ser necesariamente absoluta, sino que puede ser solo relativa; su configuración depende de distintos puntos de vista que pueden variar. Existen, así, instituciones que aparecen como perfec-

tas, es decir, que se bastan a sí mismas y que tienen la plenitud de medios para conseguir aquellos fines que les son exclusivos; hay otras imperfectas o menos perfectas que se apoyan en distintas instituciones, y ello en diferentes sentidos (Martín-Retortillo Baquer, 2013, p. 32).

- La institución es una unidad determinada y permanente (p. 33).
- La institución es la manifestación primaria, original y esencial del derecho, que a su vez no puede exteriorizarse sino en una institución, y esta en tanto existe y puede decirse tal, en cuanto que su vida es creada y mantenida por el derecho (p. 36).

Podemos destacar que la institución tiene como elemento esencial una organización que la sustenta, un ordenamiento, una regulación, mayor o menor. La institución creada goza de una vida independiente, como consecuencia de lo anterior, los problemas que surgen en las relaciones jurídicas que se dan dentro de la institución tienen que resolverse en su seno preferentemente, lo que dependerá del grado de perfección de la institución.

4.2. ¿Podemos decir que el convenio es una institución del derecho administrativo?

En primer lugar, a la hora de valorar el carácter institucional de una determinada figura jurídica se tiene que partir de la asunción e internalización de la teoría de la institución por parte del ordenamiento jurídico español, llegando esa internalización al máximo nivel jurídico en la propia Constitución de 1978. Esa circunstancia hace que apostemos por tener una visión amplia del concepto de institución. Como hemos visto, el convenio tiene un origen normativo en el año 1973, habiéndose mantenido a lo largo de los años en la regulación legal. En paralelo ha surgido una concepción jurisprudencial y doctrinal de la figura (ya vistas), que ha contribuido a su estructuración y a aumentar su arraigo social. Finalmente, en 2015 aparece una regulación relativamente completa que ofrece una organización de la figura.

En mi opinión, el convenio tiene todos los rasgos caracterizadores de una institución, al contar con un arraigo social, mantener una extensión temporal amplia y contar con una organización que se ha ido desarrollando a lo largo de los años, hasta llegar a 2015, momento en el que se ha expandido plenamente; esa mayor plenitud motiva que la integración normativa deba buscarse en primer lugar en su seno.

4.3. Consecuencias jurídicas prácticas de que el convenio sea una institución

Las consecuencias prácticas de la dimensión institucional del convenio es que la figura forma una categoría autónoma del derecho administrativo, lo que la hace funcionar y desarrollarse dentro de su propia estructura (en palabras de Santi Romano «organización»); así

la categoría se autointegra, solucionando sus problemas jurídicos, preferentemente en su seno. Además téngase en cuenta que, desde 2015, goza de gran plenitud.

Existe una tendencia generalizada, por parte de los autores, a realizar una valoración crítica de los cambios normativos, destacando sus aspectos negativos. En contra de esa tendencia, no puedo más que saludar con complacencia la regulación que la LRJSP hace del convenio, que ofrece una figura completa y acabada y culmina la evolución institucional del convenio, aportando una necesaria regulación a la misma. De ahí el título del trabajo, de bienvenida de la nueva regulación.

5. Ponemos a prueba la dimensión institucional del convenio. Un supuesto práctico: La resolución unilateral del convenio

5.1. Planteamiento del problema

Por lo que respecta a la extinción de los convenios, tiene lugar por el cumplimiento o por la resolución (art. 51.1 de la LRJSP). Así, el convenio puede terminar de una forma normal (cumplimiento) o anormal (resolución). En cuanto a las causas de resolución, se pueden distinguir dos tipos de la lectura del artículo 51.2 e) de la LRJSP, a saber, las que nacen *ex convenio* y las que nace *ex lege*, que son las que enumera el artículo 51.2 en sus cuatro primeras letras. Naturalmente estas últimas no precisan ser incluidas en el clausulado del convenio para que produzcan efectos jurídicos. Estas causas son expresión de sus contornos institucionales, constituyendo un mínimo que el legislador pretende garantiza en cualquier convenio, por lo que vamos a analizar una causa de resolución aplicable a todos los convenios.

Reproduzco por su interés el artículo 51.2 c) de la LRJSP:

2. Son causas de resolución:

c) El incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes.

En este caso, cualquiera de las partes podrá notificar a la parte incumplidora un requerimiento para que cumpla en un determinado plazo con las obligaciones o compromisos que se consideran incumplidos. Este requerimiento será comunicado al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y a las demás partes firmantes.

Si trascurrido el plazo indicado en el requerimiento persistiera el incumplimiento, la parte que lo dirigió notificará a las partes firmantes la concurrencia de la causa de resolución y se entenderá resuelto el convenio. La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados si así se hubiera previsto.

El correcto entendimiento de este precepto debe realizarse despiezando los elementos que lo componen; si lo hacemos, encontramos, por un lado, una regla jurídica que establece la causa de resolución de los convenios (primer párrafo), y por otro, un procedimiento para canalizar la resolución del convenio (párrafos segundo y tercero).

5.2. Análisis de la regla jurídica. Causa de resolución del convenio

La resolución de los convenios se recoge en los artículos 51 y 52 de la LRJSP, de una manera autónoma y completa. La interpretación de la causa de resolución prevista en el artículo 51.2 c) de la LRJSP debe ser objeto de una interpretación literal y sistemática.

Así resulta que, desde un punto de vista literal, la causa es la siguiente: «c) El incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes»; la misma no tiene que estar expresamente prevista en el convenio, sino que opera *ope legis*. El tenor literal nos permite concluir que el incumplimiento de cualquiera de las partes determina la resolución. Por ello, ante un incumplimiento, el convenio puede resolverse con base en la causa analizada.

La mejor interpretación de la causa de resolución se colige analizándola desde el punto de vista sistemático. Esto supone tomar en consideración el apartado 1 del artículo 51 de la LRJSP, que indica: «1. Los convenios se extinguen por el cumplimiento de las actuaciones que constituyen su objeto o por incurrir en causa de resolución». El mandato contenido en este precepto es claro, a saber, la concurrencia de una causa de resolución determina *ope legis* la resolución del convenio. Por ello, la constatación fáctica de la existencia de la causa de resolución tiene como consecuencia la extinción del convenio por resolución.

Cabe señalar que la causa de resolución objeto de análisis puede verse desde distintas posiciones. Así, desde la perspectiva de la parte que cumple, le permite desvincularse del convenio; mientras que para la parte que no va a cumplir es la constatación jurídica de la libertad que tiene para no cumplir con lo convenido, pudiendo desvincularse igualmente mediante la resolución.

A la interpretación literal y sistemática³⁹ se une la finalista o teleológica. Así, mientras que, en caso del contrato, hay unos intereses contrapuestos que se ordenan con base en el mismo, en el convenio hay una voluntad común de colaborar. La desaparición de esa voluntad permite resolverlo, entre otras causas, por incumplimiento. Por ello, en el caso del convenio, la opción de incumplir es autónoma, siendo una facultad que tiene cada una de las partes del mismo.

³⁹ El Tribunal Constitucional en la STC 132/2018, de 13 de diciembre (FJ 7b), concluye que la previsión de un plazo de vigencia de los convenios efectuada en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, va estrechamente vinculada al ciclo político y al acervo presupuestario español.

Se concluye este subapartado indicando que la causa de resolución del artículo 51.2c) párrafo primero de la LRJSP es una causa de resolución autónoma, que tiene sustantividad propia, lo que supone que la simple constatación de su existencia determina la resolución del convenio.

El principio de seguridad jurídica aconseja evitar comportamientos disruptivos y no ordenados, de tal manera que la parte que, de una manera leal⁴⁰, considere que no quiere colaborar en un convenio en el que es parte debe comunicarlo a la otra, siendo esa comunicación, a la que se adhiere la voluntad de no cumplir, suficiente para resolver el convenio por la causa analizada.

Entre la voluntad de incumplir y la escenificación o acción de incumplir hay un trecho bien corto, toda vez que esta última presupone una voluntad previa de incumplir. No creo que en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que la voluntad goza de un amplio reconocimiento, se pueda negar esta circunstancia. Ahora nos preguntamos cómo debe ser esa declaración de voluntad; entiendo que debe ser una declaración de voluntad clara e indubitada de no querer cumplir y que esa declaración tiene que ser motivada o causal, esto es, decir que no se comparte el fin común y los motivos por los cuales no se comparte ese fin.

5.3. Sobre el carácter subsidiario de la causa de resolución

Tomando en consideración la argumentación realizada sobre la necesidad de proceder de una manera leal y ordenada, evitando adoptar comportamientos disruptivos, se advierte que el incumplimiento como causa de resolución del convenio quizá tiene un carácter subsidiario. Me explico. Dentro de las causas de resolución del convenio existe el acuerdo unánime de todos firmantes como causa de resolución (art. 51.2.b LRJSP). Esta causa de resolución es la más ordenada y leal, la mejor desde el punto de vista de la seguridad jurídica y probablemente la más eficiente. Por ese motivo, quizá la parte que quiere resolver por incumplimiento debería hacer un ofrecimiento previo a la resolución por mutuo acuerdo⁴¹. Lo anterior sería lo más leal, y en la medida en que actuar con lealtad sea considerado

⁴⁰ Lealtad entendida como expresión del principio de buena fe, que rige con carácter general las relaciones jurídicas. En este sentido el artículo 1258 del Código Civil establece una regla aplicable a cualquier negocio jurídico, principalmente debido al carácter supraordenado del contrato y de sus reglas inspiradoras, y dispone: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la *buena fe*, al uso y a la ley».

⁴¹ Por razones de eficacia, en la propia comunicación que se haga de la voluntad de incumplir se puede ofrecer la resolución por mutuo acuerdo, señalando un plazo razonable a partir del cual se entiende rechazado el ofrecimiento.

una obligación, se podría defender su carácter preferente al incumplimiento, y por lo tanto la naturaleza subordinada del incumplimiento al mutuo acuerdo, debiendo intentarse lo primero (mutuo acuerdo) antes que lo segundo (incumplir).

5.4. Procedimiento para canalizar la resolución por incumplimiento

Partiendo de la base de lo indicado en el anterior subapartado, se puede señalar que los párrafos segundo y tercero del artículo 51.2 contienen una regulación parcial, al establecer el cauce procedimental para resolver el convenio por incumplimiento con respecto a la parte que se ve afectada por el mismo, pero no con respecto al incumplidor.

No obstante lo anterior, una vez determinado que la causa de resolución es autónoma, debe admitirse el carácter parcial de la regulación, y la posibilidad de que la parte incumplidora haga uso del citado procedimiento, adaptándolo, claro está, a las particularidades que se deriven de su posición jurídica. Como se ve es obligada la comunicación al responsable del mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y a las demás partes firmantes.

Los principios constitucionales de seguridad jurídica, eficacia y eficiencia impiden considerar el proceso desde la vertiente única de la persona que se ve afectada por el incumplimiento. Se trataría de un reduccionismo infantil e irreal, ya que la parte que no quiere cumplir, y por lo tanto no quiere continuar colaborando, no debe necesariamente, en un Estado de derecho, incurrir en comportamientos insociales, desordenados y disruptivos, sino que debe poder salir de una relación jurídica de una manera leal y ordenada.

En aquellos casos en los que se trata de convenios que unen a varias Administraciones públicas, las mismas tienen un deber reforzado que deriva del principio de lealtad institucional (art. 140.1.a LRJSP), que les impone especialmente evitar comportamientos imprevisos y disruptivos.

5.5. Valoración de la argumentación realizada

Siguiendo en este punto nuevamente a Norberto Bobbio (2016), podemos decir que:

Toda teoría puede ser considerada desde el punto de vista de su significado ideológico o desde el punto de vista de su valor científico [...]. Como ideología, una teoría tiende a afirmar ciertos valores ideales y a promover ciertas acciones. Como doctrina científica, su fin no es otro que el de comprender una cierta realidad y explicarla.

Desde el punto de vista ideológico, la argumentación realizada evidencia la capacidad que tienen las partes suscriptoras de un convenio de liberarse de los compromisos adquiridos si no comparten el fin común que originó el vínculo⁴². Es expresión del principio de libertad, esencial en un estado de derecho, y se advierte un auténtico derecho subjetivo de resistencia a la obligación de colaborar para la consecución de un fin que no se comparte.

Analizado desde el plano científico, ofrece la posibilidad de solucionar un problema jurídico argumentando y analizándolo desde un punto de vista institucional. Lo anterior implica una aceptación de la teoría institucional como instrumento técnico jurídico para el análisis de los problemas jurídicos, entendiendo que las normas jurídicas no viven de una manera aislada o asistemática, sino que se desarrollan dentro de un campo más amplio y ordenado, como es el de la institución.

5.6. Consideraciones finales

Debido a la naturaleza institucional del convenio nos encontramos con una figura autónoma que no precisa de colaboración normativa, por ello, a la resolución de los convenios no le resulta de aplicación el artículo 1.124 del Código Civil⁴³, que contiene una regla aplicable exclusivamente a la figura del contrato⁴⁴. Así, resulta que no cabe imponer la obligación de cumplir con un convenio, lo que trasluce la regla de que nadie está obligado a

⁴² El apartado XVI de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (BOE núm. 342, de 31 de diciembre de 2020), dice, sobre los convenios: «Afortunadamente la ciencia ofrece grandes consensos y, en todo caso, los convenios ya contemplan mecanismos para su resolución o denuncia que *permiten poner fin a la colaboración si es voluntad de una de las partes*, con las garantías que la Ley 40/2015, de 1 de octubre y el propio convenio establecen». Vemos como la exposición de motivos del real decreto-ley reconoce expresamente la posibilidad de resolución unilateral de los convenios de colaboración, a voluntad de una de las partes, con las garantías que establece la ley y el propio convenio.

⁴³ El artículo 1.124 del Código Civil dispone:

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

⁴⁴ O'Callaghan (2008) nos recuerda que en el contrato se produce una equivalencia de prestaciones que tiene un carácter sinalagmático. Como consecuencia de ese carácter sinalagmático cada parte es mutuamente acreedora y deudora de la obligación bilateral.

colaborar para la consecución de un fin que ya no comparte, al no existir regla jurídica que imponga tal obligación; ante el incumplimiento de un convenio la consecuencia jurídica es la resolución. De esta conclusión se infiere que existe un auténtico derecho subjetivo de resistencia, expresión de la libertad de no tener que colaborar en la consecución de un fin que no se comparte.

En cuanto a los efectos de la resolución, son que el convenio entra en fase de liquidación, en la que se determinan las obligaciones y compromisos de las partes (art. 52.1 LRJSP), si existen actuaciones en curso, las partes pueden acordar que finalicen (art. 52.3 LRJSP). En todo caso, para abordar el proceso de liquidación se debe partir del principio de equilibrio de las prestaciones, ya visto, y con base en el mismo actuar evitando atribuciones patrimoniales indebidas, que supondrían un enriquecimiento sin causa.

Mención independiente merece la indemnización de los perjuicios causados, que aparece prevista en el artículo 51.2 c) *in fine* de la LRJSP, cuando dice: «La resolución del convenio por esta causa podrá conllevar la indemnización de los perjuicios causados si así se hubiera previsto». Resulta que la indemnización por daños debe estar prevista para que se pueda exigir, por lo que ante la falta de previsión, la resolución del convenio por esta causa da lugar a la simple liquidación equilibrada en los términos ya indicados. Así, la indemnización se convierte en un mecanismo de aseguramiento del cumplimiento del convenio, ya que penaliza a la parte que no quiere cumplir, siempre que esté prevista. Obsérvese aquí otro matiz o diferencia institucional del convenio con la figura del contrato, ya que en el caso del contrato el artículo 1.124.2º del Código Civil dispone: «El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos», por lo que impone el resarcimiento de daños (indemnización) en todo caso, esto es, como regla general.

6. Conclusiones

La figura del convenio goza de amplio predicamento en la práctica administrativa española; a pesar de su importancia, ha tenido una atención escasa por parte del legislador hasta hace bien poco (2015). No obstante, la figura se ha ido abriendo paso a lo largo de los años, por medio de las aportaciones de la doctrina y la jurisprudencia, hasta ofrecer un concepto de convenio que se ha consolidado con la Ley de régimen jurídico del sector público de 2015. Esa evolución y consolidación normativa nos ha permitido valorar la dimensión institucional de la figura, llegando a la conclusión de que el convenio puede ser considerado como una institución propia del derecho administrativo, con importantes consecuencias prácticas.

El funcionamiento del convenio, como institución, permite encontrar soluciones a los problemas jurídicos que se plantean en su uso de una manera sistemática. Como muestra de esa forma de razonar jurídicamente, se ha analizado el régimen jurídico de la resolución unilateral del convenio, advirtiendo diferencias significativas con el régimen jurídico de la resolución de los contratos, estando motivadas en la dimensión institucional del convenio.

En particular, se ha encontrado un derecho que tiene cualquier parte suscriptora de un convenio a no colaborar en la consecución de un fin que no comparte, lo que se traduce en un auténtico derecho subjetivo de resistencia a la imposición de un deber de colaborar en la consecución de un fin que no comparte. El derecho de no continuar colaborando lo tienen todas las partes que suscriben el convenio; si bien el legislador hace una regulación del supuesto típico (el que afecta a la parte que cumple), debe extenderse el proceso a cualquier parte, ya que así lo impone el principio de seguridad jurídica.

Otra especialidad institucional de la figura es que, en el caso de incumplimiento, la regla general es la no indemnización por daños y perjuicios, frente al régimen del artículo 1.124 del Código Civil.

Finalmente, todo el proceso de razonamiento jurídico he tratado de enmarcarlo con un soporte doctrinal lo más sólido posible, arropando el razonamiento jurídico con ese apoyo doctrinal en la creencia de que el derecho es un instrumento técnico, por medio del cual se aportan soluciones a problemas reales. Es bueno incorporar el razonamiento teórico a las cuestiones prácticas con el objetivo de justificar esa permanente conexión entre aspectos prácticos y dogmáticos, que tan importante es en cualquier ciencia.

Referencias bibliográficas

- Bassols Coma, M. (1977). Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público. *Revista de Administración Pública*, 84.
- Bensusan Martín, M.^a P., (2016). La nueva regulación de los convenios: La conversión en derecho positivo de una práctica administrativa. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 96.
- Blanquer Criado, D. (2010). Pacta sunt servanda. En J. A. Santamaría Pastor (Dir.), *Los Principios Generales del Derecho Administrativo*. La Ley.
- Bobbio, N. (2016). *Teoría general del Derecho*. (5.^a ed.). Temis.
- Carnelutti, F. (2010). *Cómo nace el Derecho*. (4.^o ed.). Temis.
- Castro Bravo, F. de (1971). *El negocio jurídico*. Civitas.
- Castro Bravo, F. de (1972). *Temas de Derecho Civil. Bienes de la personalidad, patrimonio, persona jurídica, representación, abuso de los derechos, prescripción, caducidad*. Civitas.
- Coscolluela Montaner, L. (2002). *Manual de Derecho Administrativo*. (13.^a ed.). Civitas.
- Duguit, L. (2007). *Las transformaciones del derecho público y privado*. Comares.
- García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T. R. (2000). *Curso de Derecho Administrativo I*. (10.^a). Civitas.



- Hauriou, M. (2003). *Principios de Derecho Público y Constitucional* (edición original francesa: 1916). Comares.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho. Introducción a los Problemas de la Ciencia Jurídica* (traducción de G. Robles y F. F. Sánchez), (1.ª ed., 1934). Trotta.
- Labandl, P. (2012). *Derecho Presupuestario* (estudio preliminar de Á. Rodríguez Bereijo). Tecnos.
- Loewenstein, K. (2018). *Teoría de la Constitución* (1.ª ed., 1959). Ariel.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (1962). La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 39.
- Martín-Retortillo Baquer, S. (2007). *Instituciones de derecho administrativo*. Thomson-Civitas.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (Ed.). (2013). Santi Romano, aquí y ahora. En *El ordenamiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- O'Callaghan, X. (2008). *Compendio de derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*. (5.ª ed.).
- Romano, S. (1945). *L'ordinamento giuridico*. (2.ª ed.).
- Schmidt-Assmann, E. (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Marcial Pons.