



Ref.: A.G.- ENERGÍA, TURISMO Y AGENDA DIGITAL 1/17 (R-140/2017)

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado el proyecto de informe elaborado por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital (Área de Energía) sobre el convenio que se pretende concertar por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad con la Entidad Nacional de Acreditación, y por medio del cual se instrumentará jurídicamente la subvención establecida en favor de esta entidad en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En relación con dicha consulta y a la vista de los antecedentes remitidos, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

- I -

La cuestión sometida a consulta consiste en determinar si los convenios por los que se instrumentan jurídicamente subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, como es el que el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad pretende suscribir con la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), están sometidos a las previsiones que contiene la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) en el Capítulo VI de su Título Preliminar (artículos 47 y siguientes).

La subvención que pretende otorgarse a ENAC está prevista nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de modo que puede ser concedida de forma directa “en los términos recogidos en los convenios y en la normativa reguladora de estas subvenciones”, tal y como dispone el artículo

22.2 a) de la Ley 38/2013, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS) que, además, preceptúa lo siguiente:

“A efectos de lo establecido en el párrafo anterior, se entiende por subvención prevista nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado aquella en que al menos su dotación presupuestaria y beneficiario aparezcan determinados en los estados de gasto del Presupuesto. El objeto de estas subvenciones deberá quedar determinado expresamente en el correspondiente convenio de colaboración o resolución de concesión que, en todo caso, deberá ser congruente con la clasificación funcional y económica del correspondiente crédito presupuestario”.

De lo dispuesto en el precepto transcrito, así como en el artículo 28.1 de la propia LGS, según el cual “la resolución de concesión y, en su caso, los convenios a través de los cuales se canalicen estas subvenciones establecerán las condiciones y compromisos aplicables de conformidad con lo dispuesto en esta Ley. Los convenios serán el instrumento habitual para canalizar las subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, o en los de las corporaciones locales, sin perjuicio de lo que a este respecto establezca su normativa reguladora”, se deduce que las subvenciones de esta clase pueden instrumentarse indistintamente a través de un convenio u otorgarse mediante una resolución, siendo ello, por tanto, jurídicamente indiferente, bien que, como dispone el artículo 28.1, párrafo segundo, la forma ordinaria o habitual de articulación o instrumentación jurídica de esta clase de ayudas públicas es el convenio.

En el proyecto de informe elevado a consulta se cuestiona que los convenios de canalización de subvenciones nominativas estén incluidos en el ámbito de aplicación de los preceptos que la LRJSP dedica a los convenios, formulando, como conclusión principal, la de que al convenio a que se refiere no le son aplicables las previsiones de los artículos 47 a 53 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, empleando para justificar ese criterio diversos argumentos que se analizan a continuación de manera separada.

- II -

Planteada así la cuestión, debe examinarse, ante todo, si la figura del convenio por medio del cual se instrumentan subvenciones es o no subsumible en el concepto legal de convenio que establece la LRJSP.

Partiendo de lo que al respecto se indica en el Preámbulo de dicho texto legal, ha de entenderse que el propósito del mismo, en relación con la regulación sobre los convenios, no es otro que el de constituir el marco legal general al que habrá de acomodarse en el futuro toda la actividad convencional de la Administración. Así, en el preámbulo de la LRJSP (apartado II, párrafo último) se dice lo siguiente:

“Por último, se regulan en el Título Preliminar los convenios administrativos, en la línea prevista en el Dictamen 878 del 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”.

Por convenios entiende la LRJSP, según el artículo 47.1, dedicado a su definición y tipología, “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”, que supongan “la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles” –pues en caso contrario se trataría de meros Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares– y que “no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos” –ya que, de tener por objeto estas prestaciones, su naturaleza y régimen jurídico deberán ajustarse a lo previsto en la legislación de contratos del sector público–.

Pues bien, el convenio de instrumentación de una subvención nominativa tiene su natural y adecuado encaje en esta definición, pues constituye el medio por el cual la Administración otorgante y el sujeto beneficiario persiguen y

satisfacen el fin común que cabe identificar con la realización de la actividad propia de este último: la Administración concedente de la subvención tiene interés en fomentar dicha actividad y por esta razón decide financiarla a través de la concesión de una ayuda pública, en tanto que el beneficiario de la ayuda tiene asimismo interés en desarrollar esa actividad en cuanto propia. Por otra parte, el compromiso de entregar la subvención y los que, como contrapartida, asumirá el beneficiario (principalmente, la realización de la actividad para la que se concede la ayuda pública y la justificación de ello) no constituyen meras declaraciones de intención de contenido general, sino obligaciones jurídicas concretas y exigibles.

Partiendo de la anterior premisa --encaje de la figura del convenio por el cual se instrumenta jurídicamente una subvención en el concepto legal de convenio recogido en el artículo 47 de la LRJSP--, corresponde analizar ahora, según se ha dicho, los argumentos que se esgrimen en el proyecto de informe elevado a consulta para sostener que estos convenios no están sometidos a la LRJSP.

- III -

1) El primer argumento que se invoca consiste en afirmar que los fines a que las subvenciones deben ordenarse no son los que establece el artículo 48.3 de la LRJSP y, que según este precepto legal, deben cumplir los convenios de manera cumulativa

El apartado 3 del artículo 48, que establece uno de los requisitos de tipo objetivo de los convenios, cual es el de la finalidad que la actividad convencional ha de perseguir, dispone lo siguiente:

“La suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”.

Ciertamente, la literalidad del precepto permite entender que cada uno de los convenios que se suscriba ha de posibilitar la consecución de todos y cada uno de esos objetivos de manera simultánea; ahora bien, la realidad de la propia actividad convencional, amparada por la LRJSP, desmiente lo anterior, tal y como seguidamente se expone.

En primer lugar, porque también son verdaderos convenios sometidos a la LRJSP los que suscriba una Administración Pública u organismo o entidad de derecho público con un sujeto de Derecho privado; a estos convenios se refiere en particular el artículo 47.2 c) del repetido texto legal. Pues bien, un sujeto de Derecho privado no es titular de medios y servicios públicos, por lo que el convenio que con él suscriba una Administración Pública difícilmente podrá tener por finalidad la de “mejorar la eficiencia de la gestión pública” o, más exactamente, la de “facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos”, finalidades ambas que expresamente enuncia el artículo 48.3 y que claramente está refiriéndose a los convenios interadministrativos en los que cada parte firmante, por su condición de Administración Pública, es titular de medios y servicios públicos propios cuya gestión eficiente puede tener interés en mejorar o cuyo uso podrá permitir a la otra.

En segundo lugar, pueden existir y existen de hecho convenios que no incluyen compromisos de tipo financiero a cargo de ninguna de las partes firmantes y que, por tanto, no tienen un contenido que permita afirmar que cumplen con las exigencias impuestas por la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, sin que por ello dejen de ser auténticos convenios sometidos a la LRJSP si contribuyen a la realización de actividades de utilidad pública.

Tal y como consta en el proyecto de informe elevado a consulta, las subvenciones tienen por objeto “el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública” (artículo 2 de la LGS), de modo que de los convenios que se suscriban para canalizarlas podrá afirmarse sin duda alguna que contribuirán a la realización de actividades de utilidad

pública, finalidad esta prevista en el artículo 48.3 de la LRJSP. Que, además de ello, no contribuyan a mejorar la eficiencia de la gestión pública o a facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos –como sucederá en todos los casos en que el beneficiario sea un sujeto de Derecho privado– no impide, por lo dicho, que el convenio que las instrumente esté sometido a la LRJSP.

2) Se argumenta también en el proyecto de informe elevado a consulta que la remisión que el párrafo primero del apartado 7 del artículo 48 de la LRJSP hace a la LGS evidencia que los convenios que este último texto legal regula están sujetos a él, pero no, en cambio, a la LRJSP.

Es cierto que el mencionado artículo incluye una expresa referencia a los convenios que instrumentan subvenciones:

“Cuando el convenio instrumente una subvención deberá cumplir con lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en la normativa autonómica de desarrollo que, en su caso, resulte aplicable”.

Ahora bien, a la vista del precepto transcrito, la interpretación sistemática de las reglas que establece y la consideración de su contenido obligan a entender que los convenios de canalización de subvenciones habrán de cumplir lo dispuesto en la LGS además *de* lo establecido en la propia LRJSP y no en lugar *de* lo dispuesto en este último texto legal, como sucedería si el legislador hubiera querido excluirlos del ámbito de aplicación de la regulación general de los convenios.

Se justifica este criterio en la consideración de que el artículo 48, que lleva por rúbrica “requisitos de validez y eficacia de los convenios” y que expresamente menciona, como se ha visto, los que instrumentan subvenciones, regula los elementos constitutivos del negocio jurídico convencional, que son de tres tipos:

a) Elemento subjetivo: quiénes pueden suscribir los convenios y quiénes, en su nombre, son competentes para celebrarlos –apartados 1 y 2–.

b) Elemento objetivo: cuáles son los fines que con su suscripción han de perseguirse y los condicionantes legales y económicos (compromisos de aportaciones financieras) a que han de someterse –apartados 3, 4, 5, 6 y 7–.

c) Elemento formal: cómo se perfeccionan y adquieren eficacia –apartado 8–.

Resulta así que, en la estructura del precepto dedicado a los requisitos de validez y eficacia de los convenios que regula la propia LRJSP e incluidos, por tanto, en su ámbito de aplicación (no tendría sentido alguno que este texto legal regulase los requisitos de validez y eficacia de convenios no sometidos al mismo), la remisión que se hace a la LGS cuando se mencionan los convenios que instrumentan subvenciones adquiere pleno sentido si se entiende que la alusión a estos convenios se debe a que están sometidos a la LRJSP: puesto que estos convenios están sometidos a la LRJSP, lógico es que este texto legal aluda a ellos al regular los requisitos que para la validez y eficacia de los convenios establece, tratándose, en el caso de los convenios por los que se instrumentan subvenciones, de un requisito objetivo, cual es el de que han de respetar no sólo la regulación general sobre convenios, sino también, la regulación específica en materia de subvenciones.

Lo coherente con ello es, pues, entender que todo instrumento convencional que no posea la naturaleza de encomienda de gestión o de acuerdo de terminación convencional, es decir, que no esté mencionado en el apartado 9 del artículo 48, sí está sujeto a las normas del Capítulo VI del Título Preliminar de la LRJSP, cuando, además, tenga encaje en la definición de convenio que establece el artículo 47, circunstancia esta última que, como se ha razonado, sucede en el caso de los convenios que canalizan subvenciones.

Dicho en otros términos, a la vista del significado del artículo 48 y de la forma en que este precepto está estructurado (se regulan, en primer término, los requisitos de validez y eficacia de los convenios –apartados 1 a 8– y, en segundo

término y tras ello, se determinan los supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de la Ley –apartado 9–), carecería de sentido que un convenio supuestamente excluido de la aplicación de la LRJSP (convenio de instrumentación de una subvención nominativa) sea mencionado entre los apartados que regulan los requisitos de validez y eficacia de los convenios sometidos a dicho texto legal.

3) En tercer lugar, en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado consultante se sostiene que los convenios de canalización de subvenciones poseen en realidad la naturaleza de acuerdos de terminación convencional, y ello con fundamento en el hecho de que el artículo 65.3 del Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio (RGS) regula el “procedimiento de concesión de las subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos”, disponiendo que “se iniciará de oficio por el centro gestor del crédito presupuestario al que se imputa la subvención, o a instancia del interesado, y terminará con la resolución de concesión o el convenio”.

Los acuerdos de terminación convencional de un procedimiento administrativo quedan regulados en la actualidad en el artículo 86 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, reguladora del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC,) cuyo apartado 1 dispone que “las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”.

La falta de claridad en la redacción del precepto transcrito impide fijar con precisión el concepto de terminación convencional del procedimiento

administrativo, dada la diversidad de supuestos que se plantean (convenio sobre fijación del justiprecio a que alude el artículo 24 de la Ley de Expropiación Forzosa y que pone fin a la llamada fase de determinación del justiprecio; convenio por el que se fijan o determinan con carácter vinculante datos que han de ser tenidos en cuenta para dictar la resolución; convenio que sirve de antecedente de carácter no vinculante a la resolución que pone término al procedimiento, como es el caso de la llamada oferta de condiciones a que se refiere el artículo 67 de la Ley de Costas). No existe criterio doctrinal uniforme sobre lo que deba entenderse por terminación convencional del procedimiento, ya que si este concepto no se discute en el caso de acuerdo o convenio que sustituye al normal pronunciamiento unilateral de la Administración sobre la cuestión de fondo y que pone fin al procedimiento, no ocurre lo propio en el caso de los acuerdos o convenios que tienen carácter vinculante respecto de la resolución con que termina el procedimiento, ni, menos aún, cuando se trata de acuerdos o convenios que no tienen carácter vinculante respecto de la resolución que finaliza el procedimiento.

En el caso de que aquí se trata, y no obstante la falta de un criterio uniforme sobre lo que debe entenderse por terminación convencional del procedimiento, no puede negarse que este concepto ha de predicarse del convenio por el que se instrumenta una subvención nominativa, con la consecuencia de que, en aplicación del artículo 48.9 de la LRJSP, dicho convenio queda excluido del ámbito de aplicación de este texto legal tal y como seguidamente se expone.

Atendiendo a lo establecido en la LGS, el otorgamiento de ayudas públicas, sea en virtud de su concesión en régimen de concurrencia competitiva, sea por concesión directa –como es del caso– se inserta en un procedimiento administrativo. Así resulta del Título I de la citada Ley que lleva por rúbrica “Procedimientos de concesión y gestión de las subvenciones” y de los sucesivos capítulos que lo integran: Capítulo I “Del procedimiento de concesión”; Capítulo II “Del procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva”; y Capítulo III “Del procedimiento de concesión directa”, en el que se ubica el artículo

28, referido, en su apartado 1, a los convenios que instrumentan subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado.

A lo anterior debe añadirse que el RGS sigue una estructura idéntica a la del texto legal; así, su Título I lleva por rúbrica “Procedimiento de concesión”; el Capítulo II “Procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva” y el Capítulo III “Procedimiento de concesión directa”, en el que se incluye el artículo 65, específicamente referido al “procedimiento de concesión de las subvenciones previstas nominativamente en los presupuestos”, y en cuyo apartado 3 se dispone que “el procedimiento para la concesión de estas subvenciones se iniciará de oficio por el centro gestor del crédito presupuestario al que se imputa la subvención, o a instancia del interesado, y terminará con la resolución de concesión o el convenio”.

Si de la interpretación sistemática de la LGS y del RGS resulta claramente la vinculación del convenio por el que se instrumenta una subvención nominativa al procedimiento de concesión de ayudas públicas, lo que ya permite entender que dicho convenio constituye un supuesto de “terminación convencional” de un procedimiento administrativo, esta conclusión queda confirmada por el criterio doctrinal antes expuesto, según el cual debe conceptuarse como acto convencional de terminación del procedimiento administrativo el acuerdo que sustituye al normal pronunciamiento unilateral de la Administración, desde el momento en que, como se ha dicho, el artículo 65.3 del RGS alude a la terminación mediante convenio.

Llegados a este punto, se advierte la “antinomía” que tiene lugar por razón de la conclusión a que conduce, de una parte, el apartado 7 del artículo 48 de la LRJSP y, de otra parte, la conclusión a que conduce el apartado 9 del propio precepto legal. En efecto, mientras el apartado 7 del artículo 48, al aludir a los convenios por los que se instrumentan las subvenciones nominativas cuando regula los requisitos de validez y eficacia de los convenios sometidos al ámbito de aplicación del texto legal de continua referencia, conduce a concluir que en este ámbito están incluidos los convenios por los que se canalizan esas ayudas

públicas, el apartado 9 del propio artículo 48, al excluir de la aplicación de la LRJSP los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos, carácter que merece el convenio por el que se instrumenta una subvención nominativa, lleva justamente a la conclusión contraria.

La necesaria resolución de esa “antinomia” ha de efectuarse, a juicio de este Centro Directivo, dando prevalencia al apartado 9 del artículo 48 sobre el apartado 7 de dicho precepto legal, entendiendo, por tanto, que los convenios mediante los que se instrumentan subvenciones, al constituir acuerdos de terminación convencional de los procedimientos de concesión de subvenciones previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, están excluidos de la aplicación de las normas del Capítulo VI del Título Preliminar de la LRJSP, y ello en razón de que resulta de aplicación preferente la norma que precisamente tiene por objeto delimitar el ámbito de aplicación de un determinado régimen jurídico, que es la cuestión que aquí se plantea, y no cabe duda de que, respecto del régimen jurídico de los convenios que establece la LRJSP, dicha norma está constituida por el apartado 9 del artículo 48 –se prescinde, por no ser del caso, de los supuestos a que alude el artículo 47.2 d)–, dado que delimita en sentido negativo el ámbito de aplicación del régimen jurídico que establece en esta materia el repetido texto legal (convenios excluidos de ese régimen jurídico).

En consecuencia, procede confirmar el criterio del proyecto de informe de la Abogacía del Estado consultante.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

CONCLUSION

El convenio que se pretende concertar por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad con la Entidad Nacional de Acreditación, y por medio del cual se instrumentará jurídicamente la subvención establecida en favor de



esta entidad en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no está sujeto a la regulación general que sobre los convenios contiene la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al tener adecuado encaje en el supuesto previsto en el artículo 48.9 de este texto legal por su condición de acuerdo de terminación convencional de un procedimiento administrativo.

Madrid, 3 de abril de 2017.
EL ABOGADO GENERAL DEL ESTADO,



- Eugenio López Álvarez -

SR. ABOGADO DEL ESTADO-JEFE
MINISTERIO DE ENERGÍA, TURISMO Y AGENDA DIGITAL..
PASEO DE LA CASTELLANA, 160
28071-MADRID