

## **DISCONFORMIDAD A DERECHO DEL CONVENIO. SUPUESTOS PRÁCTICOS. VÍAS DE EXPULSIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

Mireia GRAU SADURNÍ

*Secretaria Consell Comarcal del Ripollès*

*Trabajo de evaluación presentado para obtener el certificado de aprovechamiento del Curso: Los actuales convenios en las entidades locales conforme a la Ley 40/2015. CEMCI*

Un convenio puede adolecer, como cualquier acto administrativo, de un vicio de nulidad o anulabilidad o de cualquier otro error que lo convierta en disconforme con el ordenamiento jurídico. El objeto de este trabajo es determinar, con casuística reciente, los vicios más frecuentes y más graves en los que puede incurrir un convenio y las vías de expulsión de las que se dispone ante este supuesto.

En este sentido, un convenio puede incurrir en nulidad de pleno derecho por cualquier de los supuestos regulados en el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (Ley 39/2015). Como veremos más adelante, es habitual que el convenio sea nulo de pleno derecho por haber sido aprobado por órgano manifiestamente incompetente (art. 47.1.b) o por haber sido aprobado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (art. 47.1.e).

Una buena parte de los supuestos de convenios nulos de pleno derecho por aplicación de la causa tasada en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 derivan de una incorrecta utilización del convenio. En particular, cuando se utiliza la figura del convenio cuando lo procedente es la figura del contrato administrativo.

Cabe recordar que la distinción entre convenio y contrato viene definida en la Ley 40/2015 por remisión a la normativa de contratos del sector público. En este

sentido, el artículo 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (“Ley 40/2015”), dispone que *“los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”*.

Sin embargo, no resulta una tarea fácil delimitar cuándo se está ante un contrato o un convenio. De hecho, la denominación utilizada no nos sirve para determinar el régimen jurídico. La calificación (contrato o convenio) que las partes hayan atribuido al negocio jurídico no será determinante, debiéndonos preguntarnos sobre la verdadera naturaleza jurídica del negocio (en este sentido, el Informe 5/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón).

A pesar de tener algunas herramientas -interés opuesto o común, interés patrimonial, carácter oneroso, igualdad de las partes o privilegios y prerrogativas de la Administración, entre otros- que nos permiten calificar acertadamente un determinado negocio de carácter bilateral (sea contrato, sea convenio), es frecuente valorar incorrectamente un negocio jurídico de este tipo.

De conformidad con la normativa aplicable, la incorrecta valoración de un convenio (que, por su naturaleza, se trata de un contrato) implica la nulidad de pleno derecho. En este sentido, el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 establece que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas *“dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*. Por su parte, el artículo 39 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”), remite a la Ley 39/2015.

Cabe añadir que en los casos en que se haya suscrito un convenio cuando por su naturaleza se trata de un contrato público, además se están vulnerado los principios básicos de la contratación pública, como son los principios de libre concurrencia, de

publicidad, de igualdad de trato y de no discriminación (Informe 8/2008, de 29 de enero de 2009, de la Junta Consultiva de las Islas Baleares).

El objeto de este trabajo es evaluar qué consecuencias tiene la disconformidad a Derecho de un convenio ya suscrito, ya sea por la indebida valoración y calificación del mismo o por cualquier otra causa. El trabajo, asimismo, pretende determinar qué mecanismos existen para expulsar del ordenamiento jurídico un negocio jurídico - convenio- que incurre en una clara disconformidad a Derecho y, particularmente, en un vicio de nulidad. Estos mecanismos, a la vista de la doctrina y jurisprudencia reciente, pueden resumirse en los siguientes:

- a) Interposición de recurso administrativo y/o impugnación ante los juzgados ordinarios.
- b) Instar la revisión de oficio.
- c) Interposición de recurso especial en materia de contratación ante los Tribunales contractuales, en caso de una incorrecta valoración y calificación de un contrato-convenio.

A continuación, analizaremos los supuestos enumerados anteriormente:

**a) Interposición de recurso administrativo y/o impugnación ante los juzgados ordinarios.**

La legitimación como interesado para interponer el correspondiente recurso administrativo o contencioso-administrativo vendrá determinado por lo previsto, con carácter general, en la Ley 39/2015 y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Ley contenciosa-administrativa (“LJCA”). Asimismo, debemos remitirnos a esta normativa en relación con los plazos y procedimiento de resolución de cada recurso.

Así, por ejemplo, un tercero afectado por la falta de licitación de una prestación contractual que se ha tramitado a través de un convenio de colaboración, tiene legitimidad para impugnarlo en la vía administrativa y/o contenciosa-administrativa.

Cabe citar, por ejemplo, el caso del convenio suscrito entre el Cabildo Insular y la Fundación Canarias Recicla para la gestión de los residuos de aparatos eléctricos y electrónicos recepcionados en las instalaciones del Cabildo. El Consejo de Gobierno del Cabildo Insular aprobó dicho convenio de colaboración en fecha 28 de octubre de 2013. Dicho convenio de colaboración vino a sustituir un contrato anterior, con el mismo objeto, suscrito entre las mismas partes.

Ante tal actuación, la Asociación Ambilamp (asociación sin ánimo de lucro que desarrolla un sistema de recogida y tratamiento de residuos de lámparas y luminarias, residuos de aparatos eléctricos y electrónicos) lo impugnó ante el Juzgado Contencioso-Administrativo correspondiente. El juzgado de instancia anuló el convenio suscrito, por cuanto considera que si bien hubo un trámite de audiencia al demandante, dicho trámite no es suficiente para dar por cumplidos los principios informadores en materia contractual, concluyendo que debería haberse observado los principios de publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación. La sentencia del juzgado de instancia, confirmada íntegramente por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en 31 de mayo de 2016, considera que el “*convenio directamente con una entidad con la que se pacta el texto sin más trámite que la audiencia al ya redactado vulnera lo establecido, por lo que lo anula conforme a los art. 63.1 de la Ley 30/92 y 70.2 de la LJCA*”.

También está legitimado para impugnar un convenio disconforme al ordenamiento jurídico la Administración General del Estado, aun cuando no sea parte del mismo. La impugnación de un acuerdo municipal cuyo objeto sea la aprobación de un convenio que se extralimita de las competencias propias de una corporación local, puede realizarse por la Administración del Estado, de conformidad con el artículo 66 de la 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (“LBRL”), que

dispone que “*los actos o acuerdos de las Entidades locales que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas Entidades, podrán ser impugnados por cualquiera de los procedimientos previstos en el artículo anterior*”. Cabe recordar que el Estado -o la Comunidad Autónoma, en su caso- podrá requerir a la Entidad Local, de manera motivada y expresando la normativa vulnerada, para que anule el acto en el plazo de un mes o podrá acudir directamente a la jurisdicción contenciosa-administrativa (art. 65 LBRL).

Sobre esta posibilidad de impugnación por parte del Estado -o de la Comunidad Autónoma- cabe traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2010. Dicha sentencia tiene por objeto los acuerdos del Pleno de dos municipios de la Comunidad de Castilla y León, pero limítrofes con la Comunidad Autónoma del País Vasco, por los que se aprobó subscribir tres convenios de colaboración con el Gobierno Vasco en materia de educación y cultura, sanidad y promoción económica y desarrollo cultural, facultando al alcalde para su firma. El Tribunal Supremo, que inadmite el recurso de casación interpuesto, concluye que la Administración del Estado tiene competencia para la impugnación de dichos acuerdos pues entiende que “*debe reconocerse la legitimación de quien ostenta la competencia exclusiva para dictar dicha legislación básica a tenor del art. 149.1.18ª de la Constitución Española, para impugnar actos dictados por las Corporaciones Locales en materias en que carezcan de competencia para ello*”.

Resulta también interesante de esta sentencia la inimpugnabilidad que esgrimen los ayuntamientos recurridos, por cuanto consideran que el acuerdo aprobando el convenio y facultando a los respectivos alcaldes no es un acto finalizador del procedimiento, al enmarcarse dentro de un procedimiento más amplio dirigido a la subscripción de los convenios que venían enderezados aquellos Acuerdos. El Tribunal resuelve tajantemente -y como no podía ser de otro modo- la cuestión: “*los acuerdos de los Plenos (...) por los que se acuerda la subscripción de los tres convenios en materia*



*de educación, cultura, sanidad y promoción económica y desarrollo rural, no pueden ser calificados como actos de trámite, pues tienen entidad suficiente para ser susceptibles de impugnación, dado que se trata de actos definitivos de una Corporación Local que expresan una decisión de dicha Corporación, que en buena medida le afecta en el futuro al acordarse mediante la misma su adhesión a un régimen de colaboración estable con otras administraciones, al margen de la conformidad o disconformidad a Derecho de la misma”.*

En cuanto a la conformidad o no a Derecho de los acuerdos adoptados, ante la inadmisión del recurso de casación establecida mediante la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2010, debemos remitirnos a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 18 de noviembre de 2005, que anula los acuerdos adoptados por los respectivos Plenos, al entender que no son conformes a derecho por cuanto se está facultando al Gobierno vasco a ejercitar unas competencias dentro de territorios pertenecientes a la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Además de los ejemplos de legitimados y supuestos de disconformidad a Derecho indicados, también tendría legitimación para impugnarlo, igual que para cualquier acto administrativo, un concejal que haya votado en contra, en la misma línea que lo establecido en los artículos 63.1.b) de la LBRL y 209.2 y 211.3 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (“RD 2568/1986”).

#### **b) Instar la revisión de oficio.**

La revisión de oficio se encuentra regulada en los artículos 106 y siguientes de la Ley 39/2015. Así, ante un convenio nulo, las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si los hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos

que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1. Al procedimiento allí regulado nos remitimos.

Apuntar únicamente, por lo que se refiere a la competencia para su declaración, que en cuanto al órgano competente para acordar el inicio y resolver el procedimiento de revisión de oficio, se ha de observar, en primer término, que no existe una previsión expresa en la LBRL ni en la Ley 39/2015 acerca del órgano competente para acordar la declaración de nulidad de un acto administrativo en el ámbito de la Administración Local, al margen del régimen jurídico de los municipios de gran población. Algunas posturas doctrinales apuntan a que la acción administrativa de revisión de oficio de un acto administrativo, o de la revocación del mismo, corresponde al Alcalde cuando se trate de una materia de su competencia y al Pleno cuando el acto sea de competencia plenaria. Es decir, que el órgano competente para iniciar y resolver estos procedimientos será el mismo órgano que tenga competencia para dictar el acto administrativo en cuestión que se va a revisar o revocar. Otras posturas, como la sostenida y consolidada por el Consejo Consultivo de Andalucía (ver, por todos, Dictamen número 177/2019, de 27 de febrero), considera que el órgano competente es el Pleno, en cuanto se le atribuye expresamente la competencia para declarar la lesividad de un acto. Como veremos en los supuestos analizados, las revisiones de oficio que son objeto de estudio son iniciadas y resueltas por los correspondientes Plenos.

Indicado lo anterior, en primer lugar, existe una amplia doctrina administrativa que señala que el objeto de la revisión de oficio no es el convenio o contrato en sí mismo sino el acuerdo del órgano por el que se aprueba dicho convenio o contrato. En este sentido, el Dictamen 29/2020, de 30 de enero, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, que tiene por objeto la revisión de oficio instruida por el Ayuntamiento de Calaf con la finalidad de declarar la nulidad de pleno derecho del contrato programa de 2 de octubre de 2013, que rige el servicio integral del agua de Calaf y del acuerdo del Pleno que ratificaba el convenio con Aigües de Manresa, SA. El Dictamen aclara

que “*esta Comisión considera conveniente precisar que el objeto del procedimiento de revisión que ahora se examina, atendiendo al hecho de que la revisión de oficio es un procedimiento previsto solo para las disposiciones y actos nulos, y no por los instrumentos convencionales (contratos o convenios)*”, por lo que lo que es objeto de revisión no es el convenio o contrato sino los acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Calaf por los que se autoriza la firma de los instrumentos convencionales.

En similar sentido, el Dictamen 249/2019, de 3 de octubre, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, que tiene por objeto la revisión de oficio instruida por el Consell Comarcal del Baix Camp con la finalidad de declarar la nulidad de pleno derecho del convenio de colaboración formalizado en el año 2014 con el Ayuntamiento de Reus para la prestación de los servicios funerarios (se pretendía la utilización de la empresa Reus Serveis Municipals, SA, empresa municipal y medio propio del Ayuntamiento, para que esta empresa ofreciera los servicios funerarios a todos los municipios de la comarca con las mismas condiciones y precios que lo ofrecía al Ayuntamiento de Reus). Este Dictamen pone de relieve, tal como la misma Comisión ya había hecho con anterioridad, que lo que se revisa no es el mismo convenio sino el acto de aprobación de la firma del convenio.

En este caso, la revisión de oficio es instada por la empresa Mémora (empresa de servicios funerarios que no es parte del convenio). Si bien la Comisión no entra en el fondo del asunto por cuanto considera que no se invoca una causa específica de nulidad del artículo 47.1, afirma que la empresa Mémora tiene legitimidad para instar la revisión de oficio del convenio, por cuanto dentro de su objeto social se incluyen los servicios funerarios y, por lo tanto, es titular de intereses legítimos en relación con el procedimiento instado. La finalidad última de la solicitud de revisión presentada es la convocatoria de una licitación de los servicios funerarios, garantizando la oportunidad de dicha empresa de participar en la licitación, por lo que no cabe duda de su condición de interesado.



En relación con la legitimidad para promover la revisión de oficio y volviendo al Dictamen 269/2020, de 30 de enero, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, aquí quien promueve la nulidad del convenio es el propio Ayuntamiento de Calaf - mediante acuerdo de su Pleno-, por cuanto considera que incurre en la causa de nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, al haberse adoptado prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido y al vulnerar la normativa en materia de contratos del sector público (en aquel momento, la aprobada por el Real Decreto Legislativo 3/2011).

El órgano consultivo catalán concluye que efectivamente concurre la causa de nulidad tipificada en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 (acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido), por cuanto mediante acuerdo del Pleno se determinó, sin procedimiento alguno, que la empresa Aigües de Manresa, SA (medio propio del Ayuntamiento de Manresa) sería medio propio y servicio técnico del Ayuntamiento de Calaf (pero sin que conste que dicho Ayuntamiento tenga ningún control análogo sobre la misma). Se considera que tal actuación es nula de pleno derecho, por cuanto no consta en el expediente que el Ayuntamiento haya tramitado ningún procedimiento de establecimiento del servicio ni para determinar el régimen ni la modalidad de gestión, de conformidad con los artículos 274.1 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña, 159 y 183 del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de Cataluña, 86.2 de la LBRL y 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

El Dictamen añade que igualmente se incurre en nulidad de pleno derecho del artículo 47.1.e) por cuanto no se ha sometido la prestación del servicio a los procedimientos de licitación y selección de los contratistas, al tratarse de un convenio de colaboración. Efectivamente considera que *“ponen de relieve la naturaleza*

*contractual de la relación establecida, y se desmiente la naturaleza cooperativa real y efectiva del negocio jurídico suscrito”.*

La declaración de nulidad de convenio suscrito implica la obligación del Ayuntamiento de Calaf de pagar la deuda contraída con la mercantil, correspondiente a los servicios prestados y no abonados pues, en caso contrario, se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración. En la medida en que considera el convenio como a un contrato, lo asimila a su régimen de liquidación (art. 42.1 LCSP).

En cuanto a la causa de nulidad del artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015 (anteriormente, artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común), debemos tener presente que la actual ley 40/2015 establece unos trámites preceptivos para la suscripción de convenios, como la emisión de una memoria justificativa o la emisión de un informe jurídico en el caso de los convenios que suscriba la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes. Cabe entender que la falta de uno de esos trámites preceptivos puede determinar la nulidad del convenio por prescindiré total y absolutamente del procedimiento establecido.

Ya antes de la minuciosa regulación de la Ley 40/2015, la aprobación de un convenio requería la tramitación de un mínimo procedimiento. En este sentido, el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía número 177/2019, de 27 de febrero, en relación con la revisión de oficio de un convenio de colaboración, que indica que cuando en la aprobación de un convenio no existe trámite alguno, se incurre en la causa de nulidad consistente en haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, por cuanto considera que *“no existe trámite alguno al margen del convenio, y es obvio que en toda actuación administrativa ha de existir una tramitación por nimia o breve que ésta sea”.*

Igualmente, la falta de un informe esencial en el procedimiento podría determinar la nulidad de pleno derecho por ser un acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. En este sentido, el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía número 470/2019, de 26 de junio, emitido en el marco de la revisión de oficio de una adenda a un convenio de colaboración, donde se omitió un informe de intervención en la suscripción de un convenio entre el Consorcio Qualifica y el Ayuntamiento de Mijas que tenía por objeto determinadas operaciones financieras. Como indica este Dictamen, la nulidad no viene determinada por la omisión de cualquier informe preceptivo, sino que *“la apreciación de la nulidad en tales supuestos viene dada por la consideración de los informes omitidos como pieza esencial del procedimiento. (...) En el asunto objeto de dictamen, no puede minimizarse la importancia del informe del Interventor al que se refiere el órgano consultante, en tanto que es incuestionable el papel clave que el Interventor tiene en un procedimiento como el que aquí se analiza (...)”*.

Respecto a la nulidad de un convenio por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio, el hecho de que se haya aprobado por el Alcalde, cuando es competencia del Pleno, se considera nulo de pleno derecho por concurrir la causa tasada en el artículo 47.1.b) de la Ley 39/2015, siempre y cuando el Pleno no asuma como suyo el acto del Alcalde. Diferente sería el caso que el convenio fuera aprobado por el Pleno, siendo competencia del Alcalde, con votación favorable de éste, pues en este caso no operaría dicha causa de nulidad. En este sentido, los Dictámenes números 177/2019, de 27 de febrero y 470/2019, de 26 de junio, del Consejo Consultivo de Andalucía, anteriormente citados.

Visto lo anterior, parece obvio que una Administración puede declarar, a instancia de un interesado o por iniciativa propia, la nulidad de pleno derecho de un convenio. Así se ha manifestado el Consejo Consultivo de Andalucía en sus dictámenes, ante la revisión de oficio de convenios interadministrativos instada por una de las administraciones firmantes. Así se establece en el Dictamen número 177/2019, de 27 de

febrero, del Consejo Consultivo de Andalucía: *“No puede cuestionarse la potestad del Ayuntamiento consultante para revisar el convenio de colaboración en cuestión, pues así lo ha admitido este Órgano, respecto de otros convenios de colaboración, en sus dictámenes 409/2012, 455/2013, 109/2015 y 362/2017, entre otros”*. En igual sentido, el Dictamen número 470/2019, de 26 de junio, del mismo órgano consultivo.

A pesar de la casuística expuesta anteriormente, en que se admite que una Administración revise y declare la nulidad de un convenio interadministrativo de colaboración, resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de marzo de 2020, que inadmite tal capacidad. Esta sentencia tiene por objeto la impugnación, por parte de la Administración General del Estado, del acuerdo del Ayuntamiento de A Coruña, de 13 de noviembre de 2014, que declaró la nulidad de pleno derecho del convenio suscrito el 20 de octubre de 2005 entre el citado municipio y la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y la Sociedad de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, para la construcción de un Centro de Inserción Social en una parcela de titularidad municipal, así como determinar el destino de la antigua prisión provisional.

El recurso interpuesto por la Administración General del Estado es estimado por la Audiencia Nacional, al entender que el Ayuntamiento de A Coruña, mediante el fraude jurídico de la utilización del instrumento jurídico de la revisión de oficio, impone unilateralmente su voluntad, arrogándose la facultad de dejar a su libre arbitrio la declaración de la vigencia y validez del convenio suscrito.

El Tribunal Supremo, en la reciente Sentencia de 11 de marzo de 2020, confirma el criterio de la Audiencia Nacional, considera que los convenios no son actos administrativos típicos y que, por lo tanto, las potestades públicas, en los supuestos de convenios interadministrativos, deben ejercitarse de manera que se haga compatible las de todas las Administraciones que conciertan el convenio. En este sentido, indica:

*“En efecto, el Ayuntamiento no ejercita sus potestades sobre actos particulares del convenio, sino que directamente deja sin efecto todo él; lo cual ya es contrario a la propia argumentación al pretender sostener sus potestades en los actos separables para terminar ejerciendo sus potestades sobre el convenio mismo. (...). Buena prueba de que es así lo constituye el hecho de que el Ayuntamiento pretende declarar la nulidad del convenio, no de ningún acto previo; y esa nulidad se postula mediante el ejercicio de potestades administrativas, lo que obliga a concluir en la naturaleza pública de tales actos, incluido el propio convenio porque, de otra forma, no podría acordarse lo pretendido en la resolución que se revisa. Y aún cabría añadir que para ser coherente con la argumentación que se hace, las potestades de revisión debieran haberse limitado a esos pretendidos y nunca aclarados actos separables, pero no al convenio; sin perjuicio de los efectos de aquella nulidad de tales actos sobre el convenio mismo.*

*Y en cuanto a las sentencias que se citan de contraste, es lo cierto que tampoco pueden servir a la fundamentación del motivo, porque están referidas a convenios --generalmente urbanísticos-- celebrados entre una Administración con particulares, circunstancia que los hace diferentes del caso de autos. Y si bien en relación con estos convenios si podría hablarse de actos separables, sujetos al ámbito del Derecho Público; es lo cierto que cuando se trata de relaciones jurídicas bilaterales en las que las dos partes tienen la naturaleza de Administraciones Públicas, la cuestión es bien diferente y, por tanto, no puede aplicarse esa doctrina aplicada en las sentencias que se citan de contraste.*

*Como se ha puesto de manifiesto por la Doctrina, en los convenios interadministrativos está presente una causa --que no forma-- que no tenga naturaleza contractual " sino que haya una verdadera voluntad de cooperación"; a diferencia de lo que resulta de los convenios con los particulares en lo que*



*es perfectamente admisible aquella causa contractual que requiere la remisión a las figuras de la contratación pública, en las que el interés público es predicable de la Administración contratante frente a los particulares del contratista.*

*En efecto, y en relación con la idea anterior, es obligado recordar que conforme a su naturaleza convencional surgida de la voluntad coincidente de dos Administraciones dando lugar al convenio, supone que en esa voluntad concordada ambas partes ejercitan potestades administrativas; es decir, en puridad de principios, ambas partes que suscriben el convenio ejercitan potestades públicas, por lo que no puede considerarse que el resultado de esa voluntad coincidente pueda serle imputada a solo una de las Administraciones, sino que constituye un negocio jurídico que ha de serle imputado a ambas Administraciones conjuntamente.*

*La consecuencia de lo expuesto es que respecto de dicho convenio ninguna de las Administraciones puede ejercer sus potestades como si de un acto administrativo propio se tratase, porque frente a esas potestades ejercidas unilateralmente, siempre sería oponible las potestades de la otra Administración, que no puede considerarse se pierdan sobre el convenio”.*

**c) Interposición de recurso especial en materia de contratación ante los Tribunales contractuales, en caso de una incorrecta valoración y calificación de un contrato-convenio.**

Tal como ha afirmado el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en su Acuerdo número 75/2017, de 4 de julio, una incorrecta tipificación de un negocio jurídico (denominado convenio) no puede impedir la interposición de un recurso especial en materia de contratación. En el caso del citado Acuerdo número 75/2017 se trataba de la impugnación del acuerdo adoptado por el Pleno municipal del Ayuntamiento de Huesca mediante el cual se aprobaba el convenio entre el

Ayuntamiento de Huesca con el Consorcio para la Gestión de Residuos Sólidos Urbanos de la Agrupación núm. 1 de Huesca, por el que se formaliza una encomienda de gestión para la prestación del servicio y, en concreto, el encargo al medio propio GRHUSA para que preste el servicio en cuestión y asuma el personal que prestaba el mismo en la empresa concesionaria (FCC). El recurso se circunscribe a la incorrección de la utilización del medio propio por parte del Ayuntamiento de Huesca, considerando el recurrente que existe un fraude procedimental para eludir de forma indebida la normativa de contratación pública.

Sobre la posibilidad de impugnar, mediante recurso especial, un convenio calificado erróneamente como tal, cuando su naturaleza es de un contrato, el acuerdo 75/2017 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón concluye:

*“La competencia es una cuestión de orden público procesal que es indisponible tanto para este Tribunal como para los poderes adjudicadores, lo que exige la determinación clara de la misma, sin que interpretaciones formales puedan limitar dicha competencia, tal y como se puso de relieve en nuestros Acuerdos 52 y 55 de 2013, al advertir que una incorrecta tipificación no puede laminar la competencia del recurso especial (y así se ha reconocido por la STS de 22 de junio de 2016, Resolución 1502/2016, que valida una interpretación conforme a los principios europeos de la contratación pública para favorecer el control mediante recurso especial).*

*En nuestro Acuerdo 59/2013, se declaró que una indebida tipificación no impide que este Tribunal pueda entrar en el fondo de un recurso, en línea con la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 154/2011, de 1 de junio, ya que las consecuencias de la tipificación deben ser interpretadas sistemáticamente en el contexto del derecho comunitario. Por ello, en dicho Acuerdo se afirmó que «la consideración como contrato administrativo especial no impide, por sí —en tanto «especialidad» de*

*normativa nacional— que pueda existir recurso especial o cuestión de nulidad, pues a estos efectos debe primar la tipificación de la prestación conforme al Derecho de la Unión europea. Y la prestación recurrida, por su objeto, sí se encontraría sometida a la competencia de este Tribunal administrativo, pues otra interpretación sería contraria al efecto útil de los recursos especiales en materia de contratación habilitando una puerta de escape al control, contraria al propio fundamento del sistema». Desde estas premisas debe analizarse la competencia de este Tribunal administrativo en este asunto, que es cuestionada por el Ayuntamiento de Huesca en el informe al recurso especial al considerar que se fundamenta en jurisprudencia europea ajena a la decisión controvertida.*

(...)

*En definitiva, si la decisión que se impugna tiene o puede tener alcance contractual (como sucede con un supuesto de indebida utilización de un medio propio), la competencia de este Tribunal administrativo resulta indubitada, en tanto se trata de una de las «decisiones» a que se refieren las Directivas de «recursos» que prevalecen sobre una interpretación formal de la normativa nacional. Por ello, y de conformidad con la doctrina fijada en la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner*, que impone a los órganos encargados de la resolución del recurso especial la inaplicación de las normas nacionales que les impidan cumplir las obligaciones impuestas por las Directivas, debe declararse la competencia de este Tribunal administrativo para determinar si el alcance de la decisión impugnada es conforme o no, a la legislación y principios de la contratación pública”.*

A mayor abundamiento, este Acuerdo número 75/2017 resulta interesante por cuanto nos clarifica que para la interposición del recurso especial en materia de contratación no solo ostenta la legitimación los licitadores interesados, sino que también puede interponerse por alguno de los concejales, siempre que formen parte del órgano

que ha adoptado la decisión y hayan votado en contra de la misma. Dicha legitimación para la interposición del recurso especial va en la misma línea que lo establecido en los artículos 63.1.b) de la LBRL y 209.2 y 211.3 del RD 2568/1986, respecto a los legitimados en la interposición de reclamaciones y recursos contra los actos y acuerdos de las Corporaciones Locales.

A este respecto, indica expresamente que:

*La legitimación del concejal para interponer este recurso especial es clara. Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional —STC (Sala Primera), núm. 119/2008, de 13 octubre, y STC 38/2010, de 19 de junio—, el TACPA ha avalado, en sus Acuerdos 36/2012, de 21 de agosto y 38 /2012, de 10 de septiembre, un concepto amplio de legitimación, conforme al cual hay que reconocer la legitimación de la parte recurrente.*

*Esta interpretación amplia se extiende a los concejales, tal y como se ha admitido en nuestra doctrina en, entre otros, los Acuerdos 44/2012, 66/2013, y 79/2013, igualmente aplicada por otros Tribunales de recursos contractuales (por ejemplo, en las Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 280/2015, 548/2015 o 204/2017 entre otras), siendo asimismo confirmada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 500/2015, que ha recordado que la doctrina del TC es directamente aplicable a este supuesto, afirmando que «los razonamientos, que fundamentan la legitimación de los concejales para impugnar en la vía contencioso administrativa los acuerdos municipales en cuya adopción no intervinieron, sirven igualmente para avalar su legitimación para interponer el recurso especial en materia de contratación previsto en el artículo 40 TRLCSP; sin que su artículo 42, relativo a la legitimación, nos pueda llevar a otra conclusión, precisamente en atención al interés legítimo que ostentan, en los términos establecidos por la doctrina constitucional y jurisprudencial referida;*

*interés —e incluso obligación—, distinto del interés abstracto en la legalidad, de controlar el correcto funcionamiento del Ayuntamiento, como único medio, a su vez, de conseguir la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal que, como primera competencia, asigna a los Municipios el art. 25.1 LBRL». Legitimación del concejal que expresamente se contempla en el artículo 24 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.*

En resumen, existen diferentes causas de disconformidad a Derecho de los convenios, si bien suelen repetirse los mismos supuestos. A los efectos de expulsar del ordenamiento jurídico los convenios viciados, dispondremos de los mecanismos enumerados, siendo el procedimiento y los legitimados, con carácter general, los previstos en el procedimiento administrativo y con las especialidades indicadas con anterioridad.