MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE LOS
SERVICIOS CONSULTIVOS

Ref.: A.G ENTES PÚBLICOS 94/16 (R-923/16)

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre determinadas cuestiones que se suscitan a raíz del convenio concertado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y la Comunidad Autónoma de Madrid. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo tiene el honor de informar cuanto sigue:

- I -

La cuestión sobre la que se recaba el parecer de este Centro Directivo se circunscribe a la interpretación del artículo 48.8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), siendo el supuesto de hecho que la motiva la suscripción de un convenio por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en lo sucesivo, CTBG) y por la Comunidad Autónoma de Madrid (en adelante, CAM) al amparo de lo establecido en la disposición adicional cuarta.2 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, indicándose en el escrito de consulta que, siendo titular de la competencia la CAM (se refiere a la competencia de esta Comunidad Autónoma para resolver la reclamación prevista en el artículo 24 de la citada Ley 19/2013 en los supuestos de resoluciones dictadas por la Administración de la respectiva Comunidad Autónoma, las entidades y organismos de su sector público y las Entidades Locales comprendidos en su ámbito territorial), dicha Comunidad Autónoma ha procedido a la inscripción del convenio en su registro, así como a la publicación en el Boletín Oficial de la propia CAM.

Siendo el supuesto de hecho que motiva la consulta el indicado, la primera cuestión que debe resolverse consiste en determinar si subsiste la obligación de inscribir en el Registro a que se refiere el artículo 48.8 de la LRJSP y la obligación

CORREO ELECTRÓNICO:
consultivo@dsje.mju.es

C/ AYALA, 5
28001 MADRID
TEL.: 91 390 47 55
FAX: 91 390 46 92

de publicar en el BOE el mencionado convenio cuando estos trámites han sido cumplidos ya por la CAM (al inscribir el convenio en su registro y al publicarlo en el Boletín Oficial de dicha Comunidad Autónoma).

El anterior interrogante merece una contestación afirmativa, y ello en razón de las siguientes consideraciones:

1) En primer lugar, el artículo 48.8, párrafo segundo, dispone que "los convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes resultarán eficaces una vez inscritos en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal, al que se refiere la disposición adicional séptima y publicados en el `Boletín Oficial del Estado´. Previamente y con carácter facultativo, se podrán publicar en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o de la provincia que corresponda a la otra Administración firmante".

Del precepto que acaba de transcribirse se desprenden las siguientes indicaciones que constituyen otros tantos argumentos que fundamentan el criterio que aquí se sostiene:

1.a) La norma tiene como destinatarios, en relación con los convenios que concierten, tanto la Administración General del Estado como los organismos o entidades de derecho público dependientes o vinculados a la aludida Administración. Queda, por tanto, comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 48.8, párrafo segundo, en lo que a la inscripción de convenios se refiere, el CTBG, dado que se trata de un organismo público vinculado a la Administración General del Estado, conforme resulta del artículo 33 de la citada Ley 19/2013; más concretamente, se trata, en la terminología de la LRJSP, de una autoridad administrativa independiente, a la que conviene la definición que establece 109.1 de este último texto legal, dada la posición institucional de autonomía e independencia que la repetida entidad ostenta para el ejercicio de sus funciones.

1.b) Partiendo de la anterior premisa –inclusión del CTBG en el ámbito del artículo 48.8, párrafo segundo, de la LRJSP en lo que respecta a los convenios que concierte esta entidad pública–, el propio precepto legal que se analiza contempla expresamente el supuesto de que la Administración General del Estado o un organismo o entidad de derecho público dependiente o vinculado a ella concierte un convenio con la Administración de una Comunidad Autónoma, como así resulta del inciso final del artículo 48.8, párrafo segundo: "previamente y con carácter facultativo, se podrán publicar en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o de la provincia que corresponda a la otra Administración firmante". Resulta incontrovertible que en la alusión a la "otra Administración firmante" se comprende el supuesto de que el convenio se concierte (por la Administración General del Estado u organismo público vinculado o dependiente de ella) con la Administración de una Comunidad Autónoma, máxime cuando el propio inciso final del artículo 48.8, párrafo segundo, de la LRJSP alude a la publicación (previa y con carácter facultativo) en "el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma…", lo que, obviamente, no tendría sentido si se entendiese que el precepto que se analiza no se refiere al supuesto de convenios concertados con Comunidades Autónomas.

Pues bien, estando comprendido el CTBG en el ámbito de aplicación del artículo 48.8, párrafo segundo, de la LRJSP y previendo este precepto el supuesto de convenios concertados con las Administraciones de Comunidades Autónomas, es lo cierto que dicho precepto legal no establece excepción alguna a la regla de la inscripción de los convenios en el Registro Electrónico Estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal y de su publicación en el Boletín Oficial del Estado en el caso de convenios concertados con Comunidades Autónomas, como hubiera sido necesario para entender que, en relación con estos convenios, no procede su inscripción en dicho Registro ni su publicación en el Boletín Oficial del Estado. La regla del artículo 48.8, párrafo segundo, de la LRJSP ha de ser, por tanto, interpretada en el sentido de que, en el caso de convenios concertados por la Administración General del Estado y sus organismos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella con Comunidades Autónomas, la circunstancia de que la Comunidad Autónoma con la que se hubiera concertado el convenio haya inscrito éste en el registro de su

competencia (y lo haya publicado también en su Boletín Oficial), no hace que sea inaplicable la regla del artículo 48.8, párrafo segundo, de la LRJSP, por lo que se mantiene la regla de inscripción del convenio en el Registro a que se refiere dicho precepto legal, así como la regla de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

2) En segundo lugar, el artículo 48.8, párrafo segundo, de la LRJSP establece la inscripción del convenio en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del sector público estatal, "al que se refiere la disposición adicional séptima...". Pues bien, el apartado 1 de la disposición adicional séptima de la LRJSP establece que "La Administración General del Estado mantendrá actualizado un registro electrónico de los órganos de cooperación en los que participa ella o alguno de sus organismos públicos o entidades vinculados o dependientes y de convenios celebrados con el resto de Administraciones Públicas...". Es palmario, a la vista del precepto transcrito en lo pertinente, que el registro a que aluden el artículo 48.8, párrafo segundo, y la disposición adicional séptima de la LRJSP es un registro no sólo de órganos e instrumentos de cooperación en los que participen la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, sino también, y en lo que aquí interesa, un registro de convenios celebrados por la Administración General del Estado y los mencionados organismos con "el resto de las Administraciones Públicas", y no cabe duda alguna de que en la locución "el resto de las Administraciones Públicas" están comprendidas las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

Debe, pues, concluirse, a la vista de las consideraciones precedentes, que a los convenios concertados por la Administración General del Estado o sus organismos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de aquélla con las Administraciones de las respectivas Comunidades Autónomas y, por tanto, al convenio concertado por la CTBG con la CAM es aplicable la regla del artículo 48.8, párrafo segundo, de la LRJSP, sin que, en consecuencia, la circunstancia de que dicha Comunidad Autónoma haya inscrito el convenio en el registro de su competencia y lo haya publicado en el Boletín Oficial de la propia

Comunidad Autónoma exonere o dispense de la aplicación del repetido precepto legal.

- II -

Plantea, en segundo lugar, el escrito de consulta, para el caso de que la respuesta a la primera cuestión sea afirmativa, si la inscripción registral es un acto debido o un acto facultativo.

Entiende este Centro Directivo que, en estricto sentido técnico-jurídico y en el caso a que se refiere el presente informe, no resulta adecuada, aunque sea expresiva, la contraposición entre acto debido y acto facultativo a que se alude en el escrito de consulta, siendo más apropiada, a la vista de la consecuencia que se anuda a la inscripción registral, la distinción entre obligación y carga.

El concepto de obligación refiere la idea de conducta, comportamiento o actuación exigida por la norma jurídica a su destinatario y que, en caso de desatención o incumplimiento por éste, da lugar a su exigencia por vía coactiva (independientemente de que ese incumplimiento dé lugar o pueda dar lugar, además, a la imposición de una sanción); por el contrario, el concepto de carga denota la idea de conducta, comportamiento o actuación exigida también por la norma jurídica a su destinatario, pero, y aquí radica la diferencia con la obligación, sin que la desatención o incumplimiento de esa conducta o actuación por su destinatario dé lugar a su exigencia por vía coactiva, sino, distintamente, a que el interesado sufra el perjuicio que se anuda al incumplimiento de esa conducta o actuación.

Aplicando la anterior distinción al requisito o exigencia de la inscripción registral del convenio que establece el artículo 48.8, párrafo segundo, de la LRJSP, ha de entenderse que la inscripción registral del convenio es no una obligación, sino una carga dada la consecuencia que dicho precepto legal anuda a la inscripción registral: si la inscripción registral es condición o requisito de eficacia del convenio, su falta da lugar a su ineficacia, esto es, a la imposibilidad

jurídica de ejercer los derechos y exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio, sin que la repetida norma legal establezca el cumplimiento coactivo de la inscripción registral de no efectuarse ésta voluntariamente por las partes, como hubiera sido necesario para poder apreciar la existencia de una obligación en estricto sentido técnico-jurídico.

En suma, de no inscribirse el convenio en el repetido Registro, las partes sufrirán el perjuicio consistente en que, por carecer el convenio no inscrito de eficacia jurídica, no podrán hacer valer los derechos ni exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el propio convenio, persistiendo esta situación de inoperancia del convenio hasta tanto éste se inscriba.

Cabe así concluir, volviendo a los términos literales de la consulta (acto debido o acto facultativo), que la inscripción registral constituye un acto debido para conseguir que el convenio sea eficaz y puedan así ejercitarse los derechos y exigirse el cumplimiento de las obligaciones que resultan de su contenido, y tiene carácter facultativo en el sentido de que la falta de inscripción del convenio no es una situación o estado de cosas cuya subsanación pueda exigirse coactivamente a las partes.

- III -

Se recaba, finalmente, el parecer de este Centro Directivo sobre si la falta de inscripción registral del convenio viciaría a éste de nulidad.

En términos generales, y más particularmente en el Derecho de Obligaciones y Contratos (disciplina en la que pueden enmarcarse los convenios en cuanto a sus principios o reglas básicas), se distingue entre invalidez (nulidad, anulabilidad) e ineficacia en sentido estricto. Partiendo de esta distinción, se entiende que un acto o negocio jurídico es inválido cuando alguno de sus elementos esenciales (consentimiento, objeto y causa, cfr. artículo 1.261 del Código Civil) falta o adolece de un vicio de legalidad o cuando carece de alguno de los presupuestos necesarios del tipo negocial al que pertenece. Por el

contrario, se entiende que un acto o negocio jurídico es ineficaz cuando, estando en regla los elementos esenciales y los presupuestos exigidos por el ordenamiento jurídico para el tipo negocial de que se trate, concurre una circunstancia (generalmente extrínseca y sobrevenida) que impide su eficacia, esto es, el natural despliegue de sus consecuencias. Con todo, esta distinción no es exacta, puesto que el acto o negocio jurídico inválido (nulo o anulable) tiene que ser también, al menos en hipótesis, ineficaz. Es por ello por lo que resulta más correcta la distinción en la ineficacia procedente de la invalidez e ineficacia procedente de otras causas (incumplimiento de una condición, revocación en los casos en que se admite, resolución por incumplimiento, etc)

Aplicando los conceptos indicados, y no obstante la relatividad de su formulación, cabe fundadamente entender que la falta de inscripción registral no se encuadra en la categoría de la nulidad del convenio, sino en la categoría de su ineficacia y ello en razón de lo que seguidamente se expone.

En primer lugar, llevando por rúbrica el artículo 48 de la LRJSP "requisitos de validez y eficacia de los convenios", de la interpretación de conjunto de este precepto legal se desprende que los requisitos de validez son los establecidos en los apartados 2 (competencia para celebrar convenios en el ámbito de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos), 5 (exigencias que han de cumplir los convenios que incluyan compromisos financieros), 6 (requisitos de las aportaciones financieras que deban realizar los firmantes del convenio), 7 (requisitos que han de cumplir los convenios que instrumenten subvenciones o que tengan por objeto la delegación de competencias en una Entidad Local) y 8, párrafo primero (prestación del consentimiento por las partes como condición o requisito de perfección del convenio).

En segundo lugar, y puesto que, como se ha dicho, el artículo 48.8, párrafo segundo, configura la inscripción registral del convenio como una condición o requisito de eficacia de éste ("...resultarán eficaces una vez inscritos en el Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación del Sector Público estatal..."), lo coherente con el tenor literal de la norma y dada su claridad es entender que la falta de inscripción no es un vicio de nulidad del

convenio, sino un hecho que impide su eficacia, máxime cuando, como se ha indicado en la consideración precedente, los requisitos de validez son los consignados en los apartados 2, 5, 6, 7 y 8, párrafo primero, del artículo 48. Así resulta particularmente de la relación entre el párrafo primero del apartado 8 y el párrafo segundo de este mismo apartado, pues mientras el primero sanciona la regla de que los convenios se perfeccionan por la prestación del consentimiento (regla que recuerda la del artículo 1.258 del Código Civil), lo que es exigencia de validez (por lo que la falta de consentimiento o el vicio de éste da lugar a la invalidez), el segundo se refiere exclusivamente a la eficacia que presupone la validez del convenio. Puesto que, como acaba de decirse, la noción de eficacia presupone la de validez, cuando la regla del artículo 48.8, párrafo segundo, conceptúa la inscripción registral (y la publicación en el Boletín Oficial del Estado) como determinante de la eficacia del convenio, esta regla parte de la premisa de que el convenio es válido, por lo que si no se cumple el requisito de la inscripción registral, ello no afectará a la validez de aquél.

En tercer lugar, y ante la duda que pudiera suscitarse al respecto, ha de aplicarse la regla o principio del *favor acti* o *favor negotii* que postula, en la medida que sea posible, el mantenimiento o conservación del acto o negocio jurídico, lo que tiene por consecuencia que sea más concorde con dicho principio general entender que, faltando la inscripción registral de convenio, éste, manteniéndose, no sea nulo, sino eficaz, de forma que, no adoleciendo de un vicio de nulidad, pueda desplegar su natural y propia eficacia cuando se cumpla el requisito de la inscripción registral. Es así como mejor se satisface la exigencia que comporta el referido principio general.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado somete a su consideración las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- Al convenio concertado por el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno con la Comunidad Autónoma de Madrid le es aplicable la regla del

artículo 48.8, párrafo segundo, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sin que, en consecuencia, la circunstancia de que dicha Comunidad Autónoma haya inscrito el convenio en el registro de su competencia y lo haya publicado en el Boletín Oficial de la propia Comunidad Autónoma exonere o dispense de la aplicación del repetido precepto legal.

Segunda.- La inscripción registral constituye un acto debido para conseguir que el convenio sea eficaz y puedan así ejercitarse los derechos y exigirse el cumplimiento de las obligaciones que resulten de su contenido, y tiene carácter facultativo en el sentido de que la falta de inscripción del convenio no es una situación o estado de cosas cuya subsanación pueda exigirse coactivamente a las partes.

Tercera.- La falta de inscripción registral del convenio no da lugar a la nulidad del mismo, sino a su ineficacia.

Madrid, 23 de diciembre de 2016.
EL ABOGADO GENERAL DEL ESTADO,

[redacted]

- Eugenio López Álvarez -

SRA. PRESIDENTA
CONSEJO DE TRANSPARENCIA Y BUEN GOBIERNO
C/ JOSE ABASCAL, N 2, 5º
28071-MADRID

Ministerio de Justicia
Registro Auxiliar del Ministerio de Justicia
SALIDA 27/12/2016 12:05:23
O00002064s1600006546