



INFORME DE LEGALIDAD SOBRE EL PROTOCOLO GENERAL DE ACTUACIÓN ENTRE EL DEPARTAMENTO DE SALUD DEL GOBIERNO VASCO Y LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA EN RELACIÓN CON EL IMPULSO DE LA SILVER ECONOMY.

1/2019 DDLCN - IL

I. INTRODUCCIÓN.

Por el Departamento de Salud (Dirección de régimen jurídico, económico y Servicios generales) se solicita informe de legalidad sobre el proyecto de protocolo general de actuación entre el citado departamento y la Diputación foral de Bizkaia.

Se incluye en el expediente la siguiente documentación:

- ✓ Borrador del protocolo general.
- ✓ Memoria técnica justificativa del mismo.
- ✓ Informe jurídico departamental.
- ✓ Orden de 29 de noviembre de 2018, del Consejero de Salud, por la que se avoca puntualmente la facultad que sobre la suscripción de acuerdos o convenios reconoce a las personas titulares de las viceconsejerías del departamento el artículo 5.2.g) del Decreto 80/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Salud.

Se emite el presente informe en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.1.b) de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco y en el artículo 13.1 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, en relación, ambos, con el artículo 6.1 h) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, y con el artículo 12.1.a) del Decreto 71/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.

II. LEGALIDAD.

1º.- Objeto y justificación.

A través del protocolo se pretende, tal y como se expresa en la cláusula primera del borrador, el establecimiento de las bases de entendimiento entre los suscribientes para

desarrollar actividades de colaboración en las áreas que en la cláusula tercera se identifican y que están relacionadas, fundamentalmente, con el envejecimiento poblacional, como son:

- Formación y capacitación especializada.
- Telemedicina y teleasistencia
- Desarrollo de proveedores clave tecnológicos e industriales.

2º. Naturaleza jurídica del protocolo y habilitación competencial de los intervinientes.

Respecto a la naturaleza jurídica del protocolo que se informa, y dado el contenido y el propio enunciado del texto, nos encontramos ante un protocolo general de actuación y no propiamente ante un convenio ya que, como bien se señala en la estipulación segunda del mismo, el mismo no supone la asunción de compromisos jurídicos

El desarrollo de los objetivos del mismo se realizará con los respectivos servicios y medios y con las *“técnicas propias de las relaciones de colaboración interadministrativa que puedan ser acordada a futuro por los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico”* (cláusula segunda del borrador).

La sentencia del Tribunal Constitucional nº 44/1986, de 17 de abril, en interpretación del artículo 145 de la Constitución y, en el caso que analizaba, del artículo 27 del Estatuto de Cataluña, aclaraba lo siguiente:

“Naturalmente que el cuadro constitucional y estatutario expuesto en el fundamento anterior es aplicable a los Convenios; pero no se extiende a supuestos que no merezcan esa calificación jurídica, como pudieran ser declaraciones conjuntas de intenciones, o propósitos sin contenido vinculante, o la mera exposición de directrices o líneas de actuación”.

Conforme a esta doctrina constitucional sólo cabe hablar tanto de convenio como de acuerdo de cooperación, cuando el acuerdo que se pretende suscribir genere relaciones jurídicas de contenido obligacional, exigibles entre las partes. Se excluyen, por ejemplo, las declaraciones sin contenido vinculante o las meramente programáticas, y que sería el supuesto aquí abordado.

Esta categoría se ha normativizado posteriormente y hoy en día el concepto de protocolo se recoge la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), en su artículo 47.1, que después de definir los convenios, previene en su segundo párrafo que:

“No tienen la consideración de convenios, los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de



contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles”.

En el mismo sentido, el artículo 54.1 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, al definir los convenios lo hace refiriéndose a ellos como:

“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”

Por su parte, el apartado segundo del mismo artículo señala que

“En todo caso, no tienen la consideración de Convenios los Protocolos Generales de Actuación e instrumentos similares que comportan meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles.”

En consecuencia, al encontrarnos ante un acuerdo sin contenido jurídico exigible y sin obligaciones económicas no estaríamos propiamente ante un convenio de colaboración de los previstos en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, sino ante un protocolo general de actuación, como bien se concluye en el informe jurídico departamental.

Por último, y en cuanto a las competencias que ostentan las administraciones intervinientes, así como su capacidad para suscribir el proyecto de protocolo, en el informe jurídico departamental se hace una exposición de las que corresponde a la administración general de la Comunidad Autónoma, que, en aras a no ser reiterativo, asumimos.

Respecto a las del Departamento, es el artículo 12.1.b) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos, el que le atribuye el área de actuación de “salud pública”.

3º. Régimen jurídico, procedimiento y contenido del protocolo.

Para examinar el contenido del borrador de protocolo, hemos de hacer una previa referencia a los preceptos que regulan el régimen jurídico de los convenios, sin perjuicio de que, al no participar de su misma naturaleza por las razones aducidas en el epígrafe anterior, obviamente su posterior transformación o materialización en convenios específicos (conforme a la cláusula segunda se utilizarán las “*técnicas propias de las relaciones de colaboración interadministrativa*”) sí le será de plena aplicación a los mismos.

En tal sentido, el artículo 48.3 de la LRJSP, como requisito para la validez de los convenios indica que:

“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”.

El artículo 49 de la LRJSP regula el contenido en estos términos:

“Los convenios a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior deberán incluir, al menos, las siguientes materias:

a) Sujetos que suscriben el convenio y la capacidad jurídica con que actúa cada una de las partes.

b) La competencia en la que se fundamenta la actuación de la Administración Pública, de los organismos públicos y las entidades de derecho público vinculados o dependientes de ella o de las Universidades públicas.

c) Objeto del convenio y actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento, indicando, en su caso, la titularidad de los resultados obtenidos.

d) Obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, si los hubiera, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria.

e) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento.

f) Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes. Este mecanismo resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios.

g) El régimen de modificación del convenio. A falta de regulación expresa la modificación del contenido del convenio requerirá acuerdo unánime de los firmantes.

h) Plazo de vigencia del convenio teniendo en cuenta las siguientes reglas:

1. ° Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.

2. ° En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción”.

Por su parte, el artículo 50 de la misma Ley enumera los trámites preceptivos para la suscripción de convenios y sus efectos, indicando que:

“1. Sin perjuicio de las especialidades que la legislación autonómica pueda prever, será necesario que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no

contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de lo previsto en esta Ley”.

Visto lo anterior, hay que manifestar que el proyecto de protocolo, a pesar de ostentar una condición ajena al convenio, en su parte dispositiva incluye las principales materias que para la formalización de los convenios exige el artículo 49 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En tal sentido, sus cláusulas regulan el objeto del mismo (cláusula primera), ámbitos de actuación (cláusula tercera), desarrollo del mismo a través de técnicas de colaboración (cláusula segunda), seguimiento del mismo (cláusula duodécima) y vigencia (cláusula quinta),

Asimismo, atendiendo al carácter declarativo de voluntades propio de un protocolo, en el mismo consta la ausencia de compromisos financieros derivados del mismo (cláusula segunda).

Sin embargo, respecto a los requisitos que se exigen en el artículo 56.2 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco (“régimen de vigencia, de las prórrogas, denuncia y resolución”) tanto para los convenios como para los protocolos se echa en falta la cláusula referida a la posibilidad de “denuncia y resolución” del mismo contemplándose únicamente la posibilidad de modificación (cláusula séptima).

Por otra parte, es necesario indicar que el informe jurídico departamental y la memoria justificativa incorporados al expediente analizan la necesidad y oportunidad del protocolo, su nulo impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como la adecuación de su contenido a lo que supone la naturaleza jurídica del texto en cuestión.

También, hay que recordar que el texto definitivo, una vez formalizado y suscrito, deberá ser objeto de información al Consejo de Gobierno (art. 57.2 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco).

Por último, hay que hacer referencia a las partes que van a suscribir el protocolo ya que frecuentemente se recurre a la utilización del instrumento convencional o de cooperación interadministrativa entre partes inadecuadas. En el presente caso estamos ante este supuesto ya que debe advertirse que los convenios y los protocolos se celebran entre personas jurídicas.

Es evidente que el Departamento de Salud, como cualquier otro Departamento del Gobierno, carece de personalidad jurídica. Ésta sólo la ostenta la Administración en su conjunto (art. 53 de la Ley de Gobierno: “*La Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco (...) actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única...*”) (aunque el texto definitivo habla de “responsabilidad”, lo que se debe no a una asunción de las posturas de la doctrina alemana al respecto sino a un error que no fue corregido en su día como se pone de manifiesto si se coteja con el texto en euskera) y su voluntad para establecer relaciones jurídicas se forma en el Consejo de Gobierno.

El hecho de que en el caso de los protocolos en el departamento de salud, los viceconsejeros tengan la facultad de suscripción (en este caso avocada por la Orden de 29 de

noviembre de 2018) no obsta a lo mencionado, ya que precisamente es el Gobierno quien les ha otorgado tal función en el Decreto 80/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de salud.

En el mismo sentido, en el art. 54.2 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco se explicita, a la hora de definir los protocolos generales, que éstos expresan la voluntad “*de las Administraciones y partes suscriptoras*”.

Y asimismo, se pronuncia el artículo 5 de la Ley de Territorios Históricos (Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos Forales de sus Territorios Históricos).

Por consiguiente, el protocolo que nos ocupa debería ser entre la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco o, si se prefiere, entre el Gobierno Vasco (entendido como Administración General) y la Diputación Foral de Bizkaia. Por lo tanto, debería así indicarse en el título y en resto del texto del protocolo.

Este es mi informe que emito en Vitoria-Gasteiz, a ocho de enero de octubre de dos mil diecinueve y someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.