



INFORME DE LEGALIDAD RELATIVO A LA PROPUESTA DE CONVENIO POR EL QUE SE FORMALIZA EL “PROTOCOLO GENERAL DE ACTUACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, A TRAVÉS DEL GOBIERNO DE CANARIAS, Y LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, A TRAVÉS DEL GOBIERNO VASCO Y DE LAS DIPUTACIONES FORALES, EN SU CALIDAD DE ENTIDADES PÚBLICAS DE PROTECCIÓN DE MENORES, PARA LA COORDINACIÓN DE LAS ACTUACIONES REFERIDAS AL TRASLADO INTERTERRITORIAL Y LA PROTECCIÓN DE PERSONAS MENORES DE EDAD MIGRANTES NO ACOMPAÑADAS”

DDLCN-IL 114/2021

Expediente NBNC_CCO_54131/21/_10

I. ANTECEDENTES

Por la Asesoría Jurídica del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales se ha solicitado a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo la emisión de informe de legalidad respecto a la propuesta de convenio señalada en el encabezamiento.

El presente informe se emite en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco y en el artículo 13.1.b) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco.

Además de las previsiones normativas citadas, la competencia orgánica para la emisión del informe de legalidad viene concretada en el artículo 7.1.i) del Decreto 18/2020, de 6 de septiembre, 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; así como en base a las competencias atribuidas a la

Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo por el artículo 14.1.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. CONTROL DE LEGALIDAD

1.- Antecedentes

El Departamento solicitante del presente informe de legalidad ha aportado junto con su iniciativa la documentación requerida para la tramitación del convenio, en aras a justificar su necesidad y legalidad.

En concreto, se ha aportado a través de la plataforma de Administración electrónica Tramitagune la siguiente documentación:

- Propuesta o borrador de convenio (versiones en euskera y castellano).
- Propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se autoriza la suscripción del convenio y se faculta a la Consejera de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales para manifestar el consentimiento al citado convenio y suscribirlo en nombre de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (versiones en euskera y castellano).
- Memoria justificativa relativa a la propuesta de convenio, suscrita por la Directora de Familias e Infancia.
- Memoria a efectos de control económico-fiscal relativa a la propuesta de convenio, suscrita, igualmente, por la Directora de Familias e Infancia.
- Informe Jurídico relativo a la propuesta de convenio, emitido por la Asesoría Jurídica de la Dirección de Servicios del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales.

- Certificación del Director General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, en su condición de Secretario del Pleno del Consejo de Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre aprobación de la distribución territorial del crédito destinado a las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla para la atención de niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados.

2.- Análisis formal

De acuerdo con lo con lo previsto en el artículo 55.1 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, la competencia para aprobar la suscripción de convenios de colaboración de esta naturaleza corresponde al Consejo de Gobierno.

Por otra parte, el artículo 62.1 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, establece que la manifestación del consentimiento y suscripción de los Convenios en nombre de la Comunidad Autónoma se realizará por el Lehendakari, salvo que el Gobierno Vasco faculte expresamente a otra autoridad.

En este caso, de conformidad con dicha disposición, se va a autorizar a la Consejera de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales para manifestar el consentimiento al citado convenio y suscribirlo en nombre de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Por lo demás, se ha aportado por el Departamento proponente de la iniciativa la documentación necesaria para la justificación del convenio y se cumplen los requisitos necesarios para la tramitación del instrumento de colaboración y para la emisión del informe de legalidad, por lo que no se aprecia tacha de legalidad alguna desde esta perspectiva formal.

3.- Análisis material

3.1 Objeto y finalidad

La memoria justificativa del convenio suscrita por la Directora de Familias e Infancia delimita perfectamente y de manera pormenorizada su objeto y finalidad.

De acuerdo con lo que se pone de manifiesto en dicha memoria, el Gobierno de Canarias ha solicitado la asistencia y cooperación de las Comunidades Autónomas en la atención integral de las personas menores migrantes no acompañadas que actualmente residen en la Comunidad Autónoma de Canarias, a través de sus propios medios humanos, técnicos y financieros, incluida la asunción de la tutela administrativa por ministerio de la ley.

Con este fin, en el Pleno del Consejo de Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se ha aprobado una distribución territorial de fondos destinados a las Comunidades Autónomas para apoyar la financiación de la oferta solidaria de plazas dirigidas al acogimiento de las personas menores de edad llegadas a la Comunidad Autónoma de Canarias, es decir, se promueve y apoya la oferta solidaria de plazas para el traslado de los niños, las niñas y los adolescentes migrantes no acompañados desde la Comunidad Autónoma de Canarias a otras Comunidades Autónomas, cuando se dan situaciones de emergencia migratoria o humanitaria, garantizando, en todo caso, el interés superior de aquellos.

A tal efecto, los gastos que se financiarán con cargo al crédito anterior serán los vinculados con aquellas actuaciones destinadas al traslado de las personas migrantes menores de edad desde la Comunidad Autónoma de Canarias a la Comunidad Autónoma de destino, la atención inmediata y la acogida de éstas por las Entidades Públicas de protección de menores de las Comunidades Autónomas de destino, así como todas las actuaciones de información, orientación y apoyo psicosocial, incluida su escolarización, inclusión social o su formación e inserción profesional, según proceda en cada caso, atendiendo al interés superior del niño, la niña o adolescente.

Mediante este instrumento de colaboración que constituye el convenio se concretan los términos de ese compromiso solidario de cooperación y auxilio de la Comunidad Autónoma del País Vasco al Gobierno de Canarias, fijando las obligaciones que asumen las Administraciones o Entidades Públicas que suscriben el convenio, esto es, el Gobierno de Canarias, el Gobierno Vasco y las Diputaciones Forales, en el ejercicio de sus respectivas competencias.

3.2 Naturaleza jurídica

El convenio tiene naturaleza administrativa, conforme a lo dispuesto para los convenios de colaboración en los artículos 47 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP, en adelante).

La LRJSP, en el capítulo VI del Título Preliminar, artículo 47, señala que son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados, entre otras, por las Administraciones Públicas, para un fin común.

La naturaleza jurídica del convenio se ajusta a dicha definición, siendo evidente que no tiene por objeto ninguna de las prestaciones propias de los contratos, por lo que se encuentra excluido del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

3.3 Análisis del contenido. Tachas de legalidad apreciadas

La propuesta de convenio consta de título, apartado en el que se concretan las partes o sujetos intervinientes, parte expositiva o manifestaciones preliminares con 6 apartados (Crisis migratoria, Dispositivos de emergencia para la atención de menores de edad, Solidaridad interterritorial, Protección jurídica de las personas menores de edad, Competencia y Colaboración entre Administraciones Públicas) y 7 estipulaciones o cláusulas (Objeto y finalidad, Colectivo destinatario, Derecho a ser oído de las personas menores migrantes no acompañadas, Medidas de protección, Programación del traslado, Remisión de los expedientes administrativos de protección y Coordinación y seguimiento).

Desde la perspectiva material, teniendo en cuenta los objetivos planteados en el proyecto de convenio y la concurrencia de la voluntad de las partes, resulta evidente la capacidad legal de las Administraciones o Entidades Públicas intervinientes para suscribir el mismo, así como su competencia, perfectamente delimitada en los documentos e informes que se acompañan a la iniciativa y en el propio texto del convenio, a los que nos remitimos a efectos de no incurrir en reiteraciones innecesarias (nos remitimos, particularmente, al análisis

competencial que se realiza en el informe de la Asesoría Jurídica de la Dirección de Servicios del Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales).

No obstante, analizado el contenido de la propuesta de convenio recibida, apreciamos las siguientes tachas de legalidad:

3.3.1 Entendemos que el título del instrumento de colaboración que se va a suscribir es inadecuado y equívoco, si atendemos a su naturaleza jurídica (véase al respecto el apartado 2.2 de este informe).

La LRJSP distingue nítidamente los acuerdos que tienen la naturaleza de “Convenios” y los que constituyen “Protocolos Generales de Actuación”.

A tenor del artículo 47.1 de la LRJSP 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”*.

Y a renglón seguido matiza 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”*.

Por tanto, lo que diferencia a los “Convenios” de los “Protocolos Generales de Actuación” es que mientras los primeros implican la asunción de verdaderas obligaciones de colaboración entre las partes que los suscriben –jurídicas, económicas o de otra índole-, en los segundos no existe tal contenido obligacional, sino que la voluntad de las partes se reduce a meras declaraciones de intenciones, que no se plasman en compromisos jurídicos concretos y exigibles.

Si bien en toda la documentación remitida por el Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales se justifica que el instrumento de colaboración a suscribir es un “Convenio”, y se remarca que así que hay que interpretarlo si se atiende a su contenido (dado que el documento fija las obligaciones asumidas por las partes, que no son meras declaraciones de

intenciones), no se comprende porque al instrumento de colaboración a suscribir se le ha venido a definir, precisamente, como “Protocolo General de Actuación”.

De hecho, en los borradores que se han remitido y que van a ser suscritos (al parecer ya se han suscrito con fecha 19 de julio de 2021 por la Consejera de Derechos Sociales, Igualdad, Diversidad y Juventud del Gobierno de Canarias y faltaría ahora la suscripción por parte del Gobierno Vasco y las Diputaciones Forales), desaparece cualquier mención al término “Convenio” y se utiliza exclusivamente el de “Protocolo General de Actuación”.

Además de que el título puede dar lugar a equívocos, no vislumbramos la razón de utilizar esa denominación o cuál era, en su caso, la dificultad para definir el instrumento de colaboración de manera acorde a su naturaleza jurídica, con una fórmula tan simple, por ejemplo, como *“Convenio entre la Comunidad Autónoma de Canarias, a través del Gobierno de Canarias, y la Comunidad Autónoma del País Vasco, a través del Gobierno Vasco y de las Diputaciones Forales, en su calidad de Entidades Públicas de protección de menores, para la coordinación de las actuaciones referidas al traslado interterritorial y la protección de personas menores de edad migrantes no acompañadas”*.

3.3.2 Los convenios que se suscriben entre Administraciones o Entidades Públicas en el ámbito de sus respectivas competencias, a los que se refiere el artículo 48.1 de la LRJSP (como es el que nos ocupa), deben tener un contenido mínimo obligatorio e incluir, al menos, las siguientes materias, según el artículo 49 del mismo texto legal:

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

2.º 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 (...)."

Queda sujeta a la voluntad de las partes el contenido o la extensión con las que se recoge cada una de las materias a las que se refiere el artículo 49 de la LRJSP, siempre y cuando dicho contenido sea conforme al ordenamiento jurídico, pero lo que no es posible es omitir lo que constituye el contenido obligatorio del convenio, si éste está contemplado entre los convenios enumerados en el artículo 48.1 de la LRJSP, como es el caso.

En concreto, entre las estipulaciones o cláusulas del convenio no se incluyen las materias a las que se hace referencia en las letras e) y h) del artículo 49 de la LRJSP, como, por otra parte, ya se advierte en el informe emitido por la Asesoría Jurídica del propio Departamento de Igualdad, Justicia y Políticas Sociales.

Es decir, no existe mención alguna o no se contemplan las “*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*”, ni el “*Plazo de vigencia del convenio*”, probablemente -podemos llegar a presumir-, porque, por un lado, las partes no contemplan la posibilidad de que se incumplan las obligaciones asumidas por cada una de ellas para el traslado interterritorial y la protección de personas menores de edad migrantes no acompañadas y, por otro, porque el compromiso de cooperación o auxilio que se adquiere a través del convenio se limita y se agota con la atención del número de personas menores migrantes no acompañadas que serán trasladadas al territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco (15 personas).

No obstante, el convenio y su contenido obligacional no puede asentarse sobre meras presunciones, que tienen que ver más con intenciones que con compromisos concretos y exigibles, por lo que consideramos necesario que el convenio cumpla las exigencias derivadas del artículo 49 de la LRJSP.

III. CONCLUSIÓN

Si bien no se cuestiona que las Administraciones o Entidades Públicas que van a suscribir el presente instrumento de colaboración ostentan la capacidad y competencia suficiente para ello, la propuesta de convenio que se informa incurre, a juicio de quien suscribe, en las tachas de legalidad que anteriormente se han indicado, en relación con el uso del término “Protocolo General de Actuación” en el texto del convenio y la omisión en el clausulado de ciertos contenidos exigibles, como son las consecuencias de un eventual incumplimiento o el plazo de vigencia del convenio.

Este es el informe que emito y someto a cualquier otro mejor fundado en derecho, en Vitoria-Gasteiz, a trece de octubre de dos mil veintiuno.