



INFORME DE LEGALIDAD RELATIVO AL PROTOCOLO GENERAL DE COLABORACIÓN ENTRE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO Y LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA.

48/2016 IL

I. ANTECEDENTES

Por parte de la Dirección de Régimen Jurídico de Lehendakaritza, se solicita el preceptivo informe de legalidad en relación al borrador de protocolo referido en el encabezamiento.

El presente informe se emite en virtud de las competencias que al Departamento de Administración Pública y Justicia y a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo de su Viceconsejería de Régimen Jurídico, confieren, respectivamente, el artículo 6.1 h) del Decreto 20/2012, de 15 de diciembre, 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 el artículo 13.1. a) y c) del Decreto 188/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Administración Pública y Justicia.

Asimismo, y de conformidad con el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno en su sesión de 13 de junio de 1995 en su apartado Primero, epígrafe

5º, letra b) debe de producirse la emisión del presente informe de legalidad con carácter previo a la formalización del Acuerdo o Convenio.

II. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONVENIO.

El acuerdo que se dictamina se encuadra dentro de las llamadas relaciones jurídicas interadministrativas o intersubjetivas, por cuanto en él se establece una acción común coordinada de colaboración en la que intervienen como sujetos dos Administraciones Públicas Autonómicas en la persecución de un fin considerado como de interés público. El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto, en distintas ocasiones, la trascendencia de la cooperación en este ámbito, afirmando que el deber general de colaboración es un principio que “no es menester justificar en preceptos concretos” y que “se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución” (Sentencia 18/1982, de 4 de mayo). Alude el Alto Tribunal en numerosas ocasiones al principio de fidelidad, a la mutua lealtad y solidaridad, vinculándolos al principio de colaboración, como instrumento dirigido a garantizar la eficacia del sistema en su conjunto (Sentencias 96/1990, de 24 de mayo, o 209/1990, de 17 de diciembre).

Desde esa perspectiva, el marco constitucional y estatutario en el que han de encuadrarse las relaciones de colaboración, en este caso, entre Comunidades Autónomas, está constituido principalmente por los preceptos que se transcriben a continuación.

Establece el artículo 145.2 de la Constitución: “Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de

servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales”.

La proyección o desarrollo del artículo 145.2 de la Constitución se contiene actualmente en el artículo 22 del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, relativo a los “Convenios y acuerdos de cooperación” que, en su apartado 1, indica que “La Comunidad Autónoma podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las mismas. La celebración de los citados convenios, antes de su entrada en vigor, deberá ser comunicada a las Cortes Generales. Si las Cortes generales o alguna de las Cámaras, manifestaran reparos en el plazo de 30 días a partir de la recepción de la comunicación, el convenio deberá seguir el trámite previsto en el párrafo 3º de este artículo. Si transcurrido dicho plazo no se hubiesen manifestado reparos al convenio, entrará en vigor.” En su apartado tercero dispone que “La Comunidad podrá igualmente establecer acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas, previa autorización de las Cortes Generales”.

La sentencia del Tribunal Constitucional 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, aclara: “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.

A esta última categoría parece responder el concepto de protocolo que recoge el artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, la cual entrará en vigor el próximo 2 de octubre del año en curso, que difiere en su redacción, no tanto así en su esencia, del contenido en la aún vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El artículo 6.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre dispone que “Cuando los convenios se limiten a establecer pautas de orientación política sobre la actuación de cada Administración en una cuestión de interés común o a fijar el marco general y la metodología para el desarrollo de la colaboración en un área de interrelación competencial o en un asunto de mutuo interés se denominarán Protocolos Generales”.

Por su lado, el artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, 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”.

Como se puede observar, ambos coinciden en que los acuerdos sin contenido jurídico exigible se denominan “protocolos”. Sin embargo, en el primer caso, para la vigente Ley 30/1992, tanto los protocolos sin contenido jurídico exigible, como los convenios propiamente dichos, en sentido estricto, es decir, con contenido jurídico exigible, se integran dentro de una categoría general de “convenios” en un sentido amplio. Eso sin embargo ya no es así en el artículo 47.1 de la Ley 40/2015, que excluye a los protocolos de la consideración general de “convenios”.

Ahora bien, esto plantea un segundo problema desde una perspectiva constitucional, en relación a la tramitación que haya de llevarse a cabo ante las Cortes Generales (simple comunicación o autorización expresa), o incluso si dicho control es aplicable a los protocolos sin contenido obligatorio. Una determinada lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1986, especialmente si la ponemos en relación con la nueva redacción de la Ley 40/2015, antes transcrita, podría llevar a considerar que tanto la comunicación a las Cortes como la autorización son sólo aplicables a los convenios con contenido obligatorio, pero no es exigible para los protocolos que se limiten a una mera declaración de intenciones.

Sin embargo, en los términos de la legislación vigente, todas las llamadas relaciones jurídicas interadministrativas o intersubjetivas, conlleven o no un contenido obligatorio concreto, se clasifican dentro de la categoría general de los “convenios”. Lo cual, puesto en relación con la exigencia del control previo por las Cortes Generales, significaría que el mismo es exigible a todo tipo de convenios, incluidos los protocolos generales.

Esta misma lectura es la que parece estar implícita en la legislación de la Comunidad Autónoma, hasta la fecha. Así, el Estatuto de Autonomía, señala en el artículo 22.1, antes transcrito, que la celebración de los convenios con otras Comunidades Autónomas debe ser comunicada a las Cortes Generales, antes de su entrada en vigor. En este sentido, el Estatuto de Autonomía no hace distinción entre convenios y protocolos, por su distinto contenido obligatorio.

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha ratificado sobre la legitimidad de este tipo de controles y así, respecto al artículo 145.2 antes transcrito, el propio Tribunal Constitucional, en su Sentencia 44/1986, de 17 de abril, señaló que “no es un precepto que habilite a las Comunidades Autónomas para establecer convenios entre ellas, sino que supuesta esa capacidad, delimita por su contenido los requisitos a que ha de atenerse la regulación de esta materia en los Estatutos y establece el control por las Cortes Generales de los Acuerdos y Convenios de cooperación”. En definitiva, se trata de una norma habilitadora de un poder o control estatal sobre tales convenios que, de no contar con una previsión constitucional expresa, no podría reconocerse a favor del Estado.

De lo expuesto se desprende que, en términos de la vigente Ley 30/1992 todo acuerdo merece la consideración de Convenio y es susceptible de requerir una tramitación ante las Cortes Generales. Esto plantea dificultades interpretativas respecto de aquellos convenios que, aspirando a incardinarse en la categoría de los protocolos, puedan realizar un notable esfuerzo por diferir dicho contenido obligatorio a los convenios que del protocolo puedan derivarse, que solo será exigible desde la firma de aquellos.

Por lo cual, desde un criterio de prudencia, parece aconsejable sostener que, ante la dificultad de establecer con total nitidez la ausencia de cualquier contenido obligacional, y ante la aún vigente calificación de los protocolos dentro de la categoría general de convenios, pudiera ser conveniente realizar siempre la correspondiente tramitación ante las Cortes Generales.

Ahora bien, en el supuesto de que se decidiera adoptar dicho criterio de prudencia, desde una perspectiva constitucional hay dos tramitaciones posibles y en tal sentido se distinguen dos figuras de colaboración entre Comunidades Autónomas: los convenios de colaboración y los acuerdos de cooperación, cuyo tratamiento tanto constitucional como estatutario es distinto.

En este sentido, el Estatuto de Autonomía sí que incorpora la distinción implícita en la Constitución, respecto a si la tramitación ante las Cortes debe ser la de una mera comunicación o si requiere una autorización expresa. Así en su artículo 22.3 dispone que “La Comunidad podrá igualmente establecer acuerdos de cooperación con otras Comunidades Autónomas, previa autorización de las Cortes Generales”. En cualquier caso, la trascendencia de esta clasificación se halla en el diferente régimen jurídico a que se somete cada uno de esos dos tipos de convenios interautonómicos, puesto que mientras que los de colaboración sólo requieren de una comunicación a las Cortes Generales, que tendrá el carácter y los efectos que, en cada caso, prevean los Estatutos de Autonomía, los acuerdos de cooperación requieren la previa autorización de aquéllas para su celebración por las Comunidades Autónomas interesadas.

Ya ha advertido la doctrina las dificultades que plantea la distinción entre estos dos medios convencionales. Como algún autor ha señalado, el principal problema que plantea el artículo 145.2 de la Constitución es

precisamente la distinción entre los convenios para la gestión y prestación de servicios propios y los demás acuerdos de cooperación, al punto que se ha negado toda distinción y afirmado que “como es imposible distinguir entre convenios de colaboración por ser toda una y misma cosa vista desde ángulos diferentes y si, en consecuencia, no hay dos tipos diferentes de convenios, sino siempre convenios de colaboración, se deberán observar para su celebración no sólo las condiciones que se precisen en los respectivos Estatutos de Autonomía, sino contar en todo caso con la autorización de las Cortes Generales”.

Ciertamente, la posición doctrinal mayoritaria ha venido afirmando la posibilidad de esta discutida distinción y la fundamenta en que los convenios de colaboración son aquéllos cuyo contenido consiste en la gestión y prestación de servicios, en el sentido de una determinada actividad administrativa cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas contratantes; es decir, en el establecimiento de una fórmula común para el ejercicio de ciertas competencias. Por ello, todos los convenios y acuerdos cuyo contenido sea otro podrían -en virtud del criterio residual empleado por la Constitución- ser calificados de acuerdos de cooperación y someterse al régimen jurídico constitucional previsto específicamente al respecto.

Sin perjuicio del debate doctrinal generado por la distinción entre ambas figuras y a los efectos de lo que interesa para el presente informe de legalidad, parece general el acuerdo, basado en definitiva en la literalidad de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, de considerar como convenios de colaboración los que tienen por objeto la gestión de un servicio propio de las Comunidades Autónomas intervinientes.

Dicho en otros términos, cualquiera que sea el contenido que pueda predicarse de los acuerdos de cooperación entre Comunidades Autónomas, es lo cierto que aquellos convenios entre Comunidades Autónomas que tengan por objeto la “gestión y prestación de servicios propios de las mismas” podrán articularse mediante convenios de colaboración. La doctrina ha advertido de que, en la práctica, cualquier acuerdo podrá pretender ampararse en el más amplio concepto posible de “servicios propios”, pero, al menos en el presente supuesto, lo cierto es que el objeto del convenio se refiere a la gestión de un servicio propio, aun en su sentido más estricto. A este respecto conviene advertir que el artículo 22 del Estatuto de Autonomía establece que la Comunidad Autónoma podrá celebrar convenios con otras Comunidades Autónomas para la “gestión y prestación de servicios propios de su exclusiva competencia”.

Se trata, aparentemente, de uno de los “supuestos, requisitos y términos” que, según el artículo 145.2 de la Constitución, deben prever los Estatutos de Autonomía.

El artículo 22 del Estatuto de Autonomía circunscribía el ámbito del convenio a la gestión y la prestación de servicios propios correspondientes a materias de su exclusiva competencia; límite que, al tener un carácter equívoco, fue precisado e interpretado tanto por la doctrina como por el propio Tribunal Constitucional. Se ha advertido así que el concepto puede responder a dos sentidos distintos. Según el primero, la competencia es exclusiva cuando el ente que la ostenta dispone totalmente de la materia de que se trate, pudiendo ejercer sobre ella toda suerte de potestades legislativas o ejecutivas; según el segundo, una competencia puede considerarse exclusiva cuando el ente que la tiene atribuida puede utilizar sobre la materia a la que abarca todas las potestades de una determinada calidad.

Desde la primera perspectiva sólo podría predicarse el carácter exclusivo de las competencias que la Comunidad tiene atribuidas literalmente como tales, y aun no de todas ellas.

En el segundo sentido expuesto, son exclusivas para el ejercicio de cada una de las potestades a que se refieren las listas de competencias del Estatuto de Autonomía, significando por ello más bien “competencia atribuida como propia”.

Ello, sin embargo, en nuestra opinión, no supone, ninguna reducción del conjunto de materias sobre las que pueden versar los convenios de colaboración, ya que la Constitución sólo impone que se trate de prestar o gestionar servicios “propios” de la Comunidad Autónoma y no que sobre ellos tengan las Comunidades la plenitud de la capacidad normativa.

Éste debe ser el sentido que procede otorgar al citado artículo 22 del Estatuto de Autonomía, por cuanto resultaría incoherente que, siendo el objeto de los convenios de colaboración la gestión o prestación de servicios, las Comunidades Autónomas titulares de éstos no pudieran convenir por carecer de una capacidad legislativa en la materia que, en la mayoría de los casos, resultaría innecesaria para acordar el contenido del Convenio o Acuerdo.

Teniendo como referencia la regulación ya mencionada y en lo que respecta a la naturaleza jurídica del presente proyecto de convenio o acuerdo, conforme con la distinción que parece establecerse entre ambas figuras, tanto en la Constitución como en nuestro propio Estatuto, puede afirmarse que en el

presente caso, aun si fuera admitida su categorización como “protocolo” en el sentido antes expuesto, por cuanto a su carencia de contenido jurídico concreto, lo que está claro es que desde el punto de vista de la cualidad de las competencias ejercidas se estaría ante la figura del “convenio de colaboración”, bastando en todo caso con la comunicación a las Cortes Generales, en los términos del artículo 145.2 CE y 22 EAPV.

Para llegar a esta conclusión es preciso atender, de una parte, a la competencia propia de cada Comunidad Autónoma en la materia (...) y, de otra, a que lo que se pretende, en función de un interés general evidente, es coordinar las actuaciones de las dos Administraciones Autonómicas en lo relativo a la materia objeto del convenio, desde el ejercicio de las competencias propias y trasladando la adquisición de compromisos jurídicos exigibles a la celebración de Convenios en sentido estricto en cada una de las materias tratadas. Y ello, incluso cuando se prevean acciones con relevancia exterior, ya que, en honor a la verdad, hemos de observar que en el texto de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Acción y del Servicio Social Exterior, no se hace mención alguna a las relaciones interregionales o a la cooperación transfronteriza, ni tan siquiera en referencias a la acción exterior autonómica.

Se trata, en consecuencia, en el supuesto de desearse la intervención de las Cortes Generales, de un convenio cuya tramitación tendría que atenerse a lo dispuesto en el artículo 22.1 del Estatuto de Autonomía (comunicación en lugar de autorización previa), comunicación respecto de la que el Tribunal Constitucional (Sentencia de 17 de abril de 1986) ha precisado su alcance al indicar que “(...) resulta indiferente a efectos de la impugnación que lo omitido sea la comunicación a las Cortes Generales o la previa aprobación por éstas, porque lo que falta como requisito esencial y previo es su sometimiento al control de las mismas a efectos de los requisitos que deban cumplir, y otra, que

por esa misma razón, de haberse omitido la preceptiva intervención de las Cortes Generales, no se puede decir que su cumplimiento posterior purgaría el vicio de nulidad alegado por el Gobierno, porque el control de las Cortes Generales ha de ser previo a su vigencia (...).”

Igualmente, reiterando la circunstancia de que se deseara la intervención de Cortes, en sede interna debería ser tramitado según lo dispuesto en el artículo 18 e) de la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno, “Corresponde al Gobierno: ... e) Autorizar y, en su caso, aprobar convenios de la Comunidad Autónoma con los Territorios Históricos Forales o con otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de la exclusiva competencia de las mismas. Estos convenios deberán ser comunicados al Parlamento, que en el plazo de veinte días podrá oponerse a los mismos.”

A mayor abundamiento, debemos recordar aquí el contenido del artículo 223 del Reglamento del Parlamento Vasco de 23 de diciembre de 2009, que reitera lo dispuesto en el EAPV al contemplar la necesidad de autorización del texto del proyecto de convenio que haya sido acordado con la Comunidad Foral de Navarra para su celebración.

III. CONTENIDO Y TRAMITACIÓN DEL PROTOCOLO GENERAL DE COLABORACIÓN SOMETIDO A NUESTRA CONSIDERACIÓN.

El borrador contiene siete cláusulas, recogándose en la tercera de ellas su ámbito de actuación que se corresponde con las áreas de actuación que allí se mencionan.

El protocolo determina el marco para el desarrollo de fórmulas de cooperación entre las Administraciones Públicas que lo suscriben, no recogiendo en su contenido la programación de medidas específicas sometidas a financiación y plazo, de modo congruente con la propia extensión de las áreas que afecta.

El texto del protocolo general contempla su firma por el Lehendakari, lo que corresponde al título competencial que le atribuyen el artículo 33.2 EAPV y el artículo 7.a) de la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno.

La aprobación del protocolo general corresponde al Gobierno Vasco, conforme a lo previsto en el 18.e) de la Ley de Gobierno. Si bien, de adoptarse el criterio de prudencia expuesto, como hemos advertido, el Gobierno Vasco comunicaría al Parlamento autonómico la suscripción del protocolo general, ex norma 6ª del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 9 de enero de 1996, sobre tramitación de convenios que deben ser aprobados por Consejo de Gobierno, y a tenor de lo previsto en la norma 7ª del mismo Acuerdo, se comunicaría asimismo a las Cortes Generales.

La duración del protocolo general, de vigencia anual y prórrogas automáticas por igual tiempo, es resultado de la autonomía de la voluntad de los firmantes.

Obra al expediente memoria del Secretario General de la Presidencia de la que se desprende que la suscripción del protocolo general no genera gasto alguno.

El Acuerdo del Consejo de Gobierno que aprueba el protocolo general, conforme a la habilitación general a la que se ha hecho mención, debe ser previamente informado por la Oficina de Control Económico.

Es cuanto tengo que informar.