



INFORME DE LEGALIDAD RELATIVO AL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO RELATIVO AL MARCO DE COLABORACIÓN ENTRE EL DEPARTAMENTO DE DESARROLLO ECONÓMICO, MEDIO AMBIENTE Y SOSTENIBILIDAD DEL GOBIERNO VASCO, EL DEPARTAMENTO DE DESARROLLO ECONÓMICO, INNOVACIÓN Y RETO DEMOGRÁFICO DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA Y MERCEDES BENZ ESPAÑA, S.A.U. PARA ACOMETER EL PROCESO DE TRANSFORMACIÓN Y FORTALECIMIENTO DE LA ESTRUCTURA PRODUCTIVA LOCAL PARA LA RECUPERACIÓN POST-COVID CON BASE EN LAS TRANSFORMACIONES TECNOLÓGICO-DIGITAL Y ENERGÉTICO-CLIMÁTICA.

21/2021 IL - DDLGN

I. ANTECEDENTES

Por el Departamento de Desarrollo Económico, Medio Ambiente y Sostenibilidad se ha solicitado a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo la emisión del preceptivo informe de legalidad en relación con el borrador del memorando de entendimiento de referencia (en adelante MdE).

Se acompaña a la mencionada solicitud la siguiente documentación, en cumplimiento de lo previsto en el apartado 3 del artículo 13 del Decreto 144/2017, de 25 de abril.

- Memoria justificativa de la iniciativa, suscrita por la Consejera de Desarrollo Económico, Medio Ambiente y Sostenibilidad
- Informe jurídico de la asesoría del Departamento.
- Texto del borrador del MdE

El presente dictamen se emite en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.2 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco.

II. OBJETO

El objeto del Memorando proyectado es, conforme estipula el apartado 4 intitulado “propósito del MdE”, proporcionar un entorno adecuado para colaborar en la transformación de la estructura productiva local mediante el impulso al desarrollo y fortalecimiento de tres concretas áreas estratégicas principales en las que se identifican también tres diferentes ámbitos de colaboración, tal y como se definen en el apartado 5.

Las partes que conforman este MdE, cuya naturaleza trataremos más adelante, son dos administraciones públicas, la Diputación Foral de Álava y la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y una entidad privada mercantil con forma de Sociedad Anónima Unipersonal (S.A.U.), denominada Mercedes-Benz España.

La memoria que acompaña al proyecto explica con detalle la necesidad y la oportunidad de abordar este protocolo de colaboración bajo la forma de Memorando de Entendimiento y recoge también la motivación, y los recursos –compromisos- que detenta cada una de las partes y que se ponen al servicio de una finalidad común.

Dicho objetivo común podría resumirse en llevar a cabo los procesos de investigación para integrar los productos, las tecnologías, los materiales y los procesos productivos nuevos relacionados con el vehículo eléctrico, así como apostar por la digitalización y conectividad de los procesos productivos, la sostenibilidad medioambiental y la capacitación de personal de los diferentes perfiles profesionales requeridos en estos nuevos procesos.

En este sentido, resulta esencial, para comprender el alcance de este MdE, la determinación de las áreas estratégicas y los ámbitos de colaboración en los que debe actuarse dentro de cada área, porque sobre ellos han de pivotar los proyectos concretos que han de plasmarse en acuerdos colaborativos específicos, para los cuales el MdE apunta ya una metodología –abierta- para su implementación (apartado 5).

III. LEGALIDAD

A.- Naturaleza jurídica

Con independencia de que la iniciativa se adopta bajo el nombre de Memorando de entendimiento, su naturaleza jurídica se corresponde con un Protocolo General de Actuación, de conformidad con los términos que emplea en su definición y características el artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando determina lo siguiente:

“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. 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.”

La diferencia entre los convenios y los protocolos de actuación, según la definición que de los mismos hace la Ley 40/2015, de 1 de octubre, radica en que los primeros comportan derechos y obligaciones con efectos jurídicos exigibles, y los segundos carecen de ellos.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 54.2 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, cuando establece 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”.

Los atributos que confirman dicha naturaleza jurídica se desprenden manifiestamente del propio clausulado, cuando en el apartado 4 dispone que:

“El presente MdE no crea obligaciones ni compromisos jurídicos entre las partes. Tampoco tiene por objeto permitir a ninguna de las partes obligar o asumir la obligación de aportar recursos financieros”.

Asimismo, se confirma esta conclusión cuando contempla que la generación de derechos y obligaciones jurídicamente exigibles provendrá de la suscripción de acuerdos de colaboración específicos en torno a proyectos concretos en las áreas y ámbitos establecidos, tal y como acoge el último párrafo del apartado 4.

B.- Ámbito competencial y funcional.

En cuanto a la competencia que corresponde a la participación de la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV), procede señalar que la misma viene recogida en el 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, que podría encuadrarse en varios apartados, tales como los a) y b) del artículo 8.1.

Se echa de menos que el informe jurídico o la memoria justificativa sitúe adecuadamente y concrete qué competencias se ejercitan en la puesta en marcha de un acuerdo de voluntades de esta naturaleza.

Debe señalarse una advertencia respecto de los sujetos que suscriben el convenio y que hace incorrecto hablar de un convenio entre un concreto Departamento de la Administración General de la CAPV y otros. En nuestro caso, habrá de citarse como sujeto que suscribe el convenio a la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en cuanto es a la que se atribuye personalidad jurídica única.

En cambio, sí puede ser adecuado mencionar a lo largo del clausulado del convenio los concretos órganos o Departamentos que deberán realizar las actuaciones que dicho convenio prevé.

La parte expositiva del borrador (en este caso, el apartado “Antecedentes”), debería disponer acerca de la competencia que habilita a las partes, singularmente a las administraciones públicas intervinientes, para la suscripción del presente MdE, en función de las responsabilidades que legalmente ostenta cada una sobre el ámbito material concernido.

C.- Requisitos de tramitación y suscripción

En primer término, cabe señalar que el artículo 55.3 señala que compete al Gobierno Vasco tener conocimiento de la suscripción de los Protocolos Generales. De conformidad con esta previsión, determina el artículo 57.2 que ello requerirá *“únicamente la remisión al Consejo del Texto definitivo negociado y suscrito”*.

De la redacción del artículo 56 se desprende que los Protocolos Generales de Actuación o los instrumentos similares, como el que nos ocupa, seguirán la misma tramitación que los convenios de colaboración, en cuanto se sujeta a tres fases de negociación.

Del apartado 2 del art. 56 se deriva que el texto definitivo debería contener cláusulas que regulen expresamente el régimen de vigencia, las prórrogas, la denuncia y la resolución. Desde esta perspectiva, el texto es ajustado a la norma reglamentaria.

Respecto de la suscripción, la regla general es la que dispone el artículo 62.1 que señala 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”*.

El apartado 2 establece una excepción cuando la otra u otras partes intervinientes sean *“particulares o entidades constituidas bajo forma privada de personificación”*, en cuyo caso *“podrán ser firmados por los órganos de los departamentos a los que las normas de estructura orgánica y funcional les atribuyan dicha facultad o la competencia en la materia objeto del convenio”*. Sin embargo, dado que en el MdE que nos ocupa no sólo participa una entidad privada, sino otra administración, no se le aplica dicha salvedad. Esto nos lleva a que deba ser firmado por el Lehendakari, que es quien detenta la competencia originaria, salvo que éste faculte a otra autoridad, cuya autorización no figura en el expediente de tramitación.

El artículo 64 dispone sobre la entrada en vigor, que será la que establezca el MdE. La cual, en ningún caso puede ser anterior a la fecha de su firma, tal y como dispone también el apartado 8.

Considerando que el instrumento proyectado carece de afectación a los derechos y obligaciones de la ciudadanía de la CAPV, no procede su publicación en el BOPV (artículo 65).

D.- Análisis del borrador.

En lo que se refiere a la estructura del proyecto, vemos que establece un total de 12 apartados, si bien los apartados 1, 2 y 3 son más propios de una parte expositiva y, el resto, se encuadrarían mejor en la parte dispositiva que comenzaría con la descripción del objeto que, en este caso, se ha denominado *“propósito”*.

La configuración de la estructura que acoge este instrumento no está sujeta a ninguna prescripción obligatoria, si bien la sugerencia realizada responde a un modelo comúnmente aceptado y razonable de presentación, que nos parece pertinente poner de manifiesto.

En lo que respecta al contenido de las estipulaciones, nos detendremos en las siguientes:

1.-El **apartado 5** determina que se instrumentarán acuerdos específicos para establecer los términos concretos de la colaboración en proyectos concretos relacionados con las áreas y ámbitos previamente establecidos, y se dice también que estos acuerdos “*serán anexados individualmente al presente MdE*”.

El hecho de que los citados acuerdos se anexasen a este MdE, no altera la realidad jurídica de que dichos acuerdos/convenios se refieren a los que regula el artículo 47.1 de la Ley 40/2015, en tanto traen consigo la constitución de derechos y obligaciones exigibles. Por ello, y aunque formalmente deriven del MdE, están plenamente sometidos a las prescripciones legales y reglamentarias que determinan su contenido, tramitación, y suscripción, en consonancia con tal naturaleza jurídica.

2.- El **apartado 7** establece un amplio y detallado régimen de confidencialidad referido a la información que pueda manejarse en la implementación del MdE y establece límites y requisitos a su divulgación.

Si bien no nos corresponde analizar el contenido que pueden determinar con libertad los suscribientes, sí nos merece una reflexión la disposición del último párrafo que establece una vigencia de este apartado de 10 años adicionales a la terminación de la vigencia del MdE.

Es cierto que una vigencia prorrogada para este tipo de clausulado es habitual y no conlleva tacha de legalidad alguna. Ahora bien, dado que el cumplimiento de este régimen no deriva en obligación exigible, y sus efectos no se transmiten sin más a los convenios que se firmen después, su eficacia carece de virtualidad real. Por ello, sería aconsejable reproducir su contenido y la vigencia prolongada que lleva aparejada en cada uno de los convenios venideros para dotarla de consecuencias jurídicas tangibles.

3.- El **último párrafo del apartado 8** dedicado a la “duración” regula la prórroga tácita – automática- por sucesivos periodos anuales, lo que denota la posibilidad de prórrogas indefinidas.

El artículo 56.3 regula la posibilidad de acordar expresamente la prórroga tácita o automática “*siempre que existan disponibilidades presupuestarias y que su importe no deba ser autorizado por el Gobierno Vasco, cuando estuviera expresamente prevista en el articulado*”, y vemos que estos requisitos se ajustan claramente al proyecto que nos ocupa.

El mismo artículo añade que “*Las cláusulas que autoricen este tipo de prórrogas tácitas o automáticas exigirán, como requisito previo a su formalización, informe preceptivo del departamento y de la Oficina de Control Económico*”, si bien no creemos que deba aplicarse en este caso, en el que no se exige la aportación de recursos financieros por ninguna de las partes.

Respecto de las prórrogas indefinidas, no encontramos razones que impidan dicha disposición en tanto la duración sólo está limitada legalmente para los convenios de colaboración amparados por el art. 47.1 Ley 40/2015.

4.- El contenido del **apartado 9** nos sugiere las siguientes observaciones.

Encontramos que el primer párrafo reitera la determinación de la duración que ya recoge el apartado 8 y, en tal sentido, resultaría innecesaria. Por otro lado, no sería apropiado señalar el término “deberes y obligaciones” en tanto es un lenguaje que denota exigibilidad jurídica y que, como sabemos, no aplica. Sería más correcto hablar de “compromisos”, tal y como se hace en el apartado 6.

Así mismo, estimamos que la primera causa de terminación del MdE sería la expiración del plazo de duración –sin prórroga- y ésta no se contempla.

5.- El **apartado 10** se remite a la legislación española para su interpretación, si bien creemos más adecuado referirse al ordenamiento jurídico vigente por ser más amplio e integrador.

El párrafo segundo acoge una cláusula de sometimiento a los juzgados y tribunales de Vitoria-Gasteiz cuya virtualidad es muy limitada o casi inexistente, dada la naturaleza del instrumento que se suscribe. Ahora bien, para que resulta efectivo será pertinente que se incorpore a las cláusulas de los convenios que se vayan firmando en el futuro anexados a este MdE.

Para finalizar, únicamente, cabe apuntar dos cuestiones sobre las que no se ha dispuesto y cuya inclusión sugerimos. Por una parte, la constitución de una comisión de seguimiento que analice el grado de implementación de los compromisos adquiridos o facilite la solución de discrepancias, entre otras funciones que se dejan al arbitrio de los participantes. Por otro lado, regular la posibilidad de modificación del clausulado, sometiéndolo a los requisitos que se considere convenientes (unánime y expreso, por ejemplo).

IV. CONCLUSIÓN

En resumen, el informe es favorable, considerando que carece de contenido económico, así como de compromisos jurídicos concretos y exigibles.