**INFORME JURÍDICO EN RELACIÓN CON EL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE EL DEPARTAMENTO DE SANIDAD Y EL** **INSTITUTO ALEMÁN DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN MÉDICA.**

**Ref.: 025/2014 IL**

**INTRODUCCIÓN**

Con fecha 20 de febrero de 2014 se solicita dictamen jurídico en relación con el Memorando que se cita 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 la 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.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.

**I.- CONTROL DE LEGALIDAD**

El objeto del Memorando es la asistencia recíproca de las entidades firmantes para lograr un uso mejorado de las herramientas de Lectura Crítica, una aplicación web de libre uso, denominada “FLC 2.0”, disponible en la dirección web <http://www.lecturacritica.com>, creada y mantenida por el Departamento de Sanidad.

De los fines a los que sirve la plataforma “FLC 2.0” dan buena cuenta la memoria general y la memoria económica incorporadas a la tramitación del expediente, además del propio Memorando, bastando a los efectos que ahora interesan con señalar que “FLC 2.0” se dirige a facilitar la labor de revisión sistemática de la literatura científica, que permite obtener y sintetizar la información necesaria para apoyar la toma de decisiones, imprescindible en cualquier proceso investigador.

En el contexto apuntado, la colaboración entre el Departamento de Sanidad y el Instituto Alemán de documentación e información médica se concreta en la traducción al alemán de la plataforma “FLC 2.0”, tal y como se hace constar en el apartado 2 –Objetivo y Alcance- del Memorando.

I. Un objeto que se presenta reconducible *a priori* al contrato de servicios, categoría propia de los contratos del sector público, circunstancia que suscita la cuestión fundamental de la **naturaleza jurídica del Memorando** -si es la propia de un contrato o de un convenio de colaboración-.

Es cierto que la traducción al alemán de una plataforma de las características como a las que acaba de hacerse referencia permite su subsunción como actividad que la Administración, en este caso, el Departamento de Sanidad, precisa desarrollar -por sí mismo o a través de tercero-, para satisfacer el interés general; afirmación que, sin mayor matización, reconduciría el objeto del Memorando a la categoría contractual que acaba de citarse.

Sin embargo, esta inicial aproximación no resulta concluyente y precisa atender a los elementos distintivos del contrato administrativo y del convenio de colaboración.

El artículo 4.1 c) y d) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público declara excluidos de su ámbito de aplicación los convenios celebrados con personas públicas o privadas, siempre que su objeto no esté comprendido entre los regulados en dicha Ley o en normas administrativas especiales.

La norma acude al concepto general y amplio de contrato para determinar el ámbito de aplicación de la Ley; un ámbito que conecta directamente con los contratos onerosos celebrados por alguno de los entes del Sector Público, cualquiera que sea su naturaleza.

En otras palabras, la norma veda cualquier posibilidad de acudir a la figura del convenio de colaboración en aquellas relaciones de carácter y contenido contractual en que existan intereses patrimoniales, con independencia de la personificación pública o privada del sujeto que concierte con la Administración.

Como señala la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de febrero de 2004 (FJ 4º), “*la auténtica naturaleza de un convenio de carácter administrativo, como categoría diferente al contrato propiamente dicho, supone la existencia de un elemento transaccional que a su vez implica la preexistencia de una relación jurídica, sea de origen voluntario o impuesta por la Ley, con la misma administración, de suerte que el convenio afecta de alguna forma a la medida y extensión de las obligaciones derivadas de dicha relación jurídica (…). Esta Sala admite la existencia de los convenios de colaboración, o cooperación, para el mejor desarrollo y cumplimiento de una finalidad de carácter público, estipulados entre Entidades de este carácter, e incluso entre Entidades de Derecho Público y sociedades privadas, gestoras de dichos servicios (…). Consecuentemente no ha de ser la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio objeto de controversia la que determine el régimen jurídico que ha de regularlo, sino la real naturaleza del mismo la que ha de imponer o permitir prescindir de los principios mencionados. Y así ocurre que la inexistencia de contraprestación pecuniaria, dotando de carácter esencialmente gratuito al convenio celebrado (…), pueden permitir prescindir de las exigencias impuestas por el artículo 11 aun cuando se trate de conciertos de colaboración celebrados con personas particulares, físicas o jurídicas, que tengan por objeto algunas de las materias recogidas en el artículo 5º de la Ley de Contratos del Estado (…)”.*

La sentencia parcialmente transcrita ofrece dos criterios de presencia necesariamente concurrente para delimitar la naturaleza del negocio jurídico y, consiguientemente, su régimen jurídico: (1) la onerosidad o gratuidad de la relación y (2) la existencia o no del elemento transaccional en la relación o, lo que es lo mismo, que se manifieste o no una contraposición de intereses entre las partes de la relación jurídica.

La aplicación de estos criterios al convenio de colaboración categoriza este negocio jurídico a partir de dos rasgos esenciales: (1) la labor conjunta de las partes ofreciendo una respuesta conjunta –siquiera en forma de obligaciones diferenciadas- a objetivos compartidos y, (2) la ausencia de interés patrimonial en la relación jurídica que entablan. Unos rasgos que van generalmente acompañados de otros, como el carácter conmutativo –equivalente- de las prestaciones, o la identificación de la comunidad como beneficiaria de la colaboración, etc.

Por su parte, al contrato en el ámbito de la Administración le es consustancial la nota de onerosidad, concretándose en el acuerdo de voluntades entre dos personas, a través del cual una de las partes se obliga a cumplir una determinada prestación a cambio de un precio.

Este básico acercamiento a los caracteres de uno y otro negocio jurídico permite una primera conclusión en torno a la naturaleza jurídica del Memorando, en el que indiscutiblemente concurren los elementos esenciales de los instrumentos de colaboración: las partes suscribientes se comprometen a recíprocas prestaciones en pos de un objetivo común de beneficio mutuo.

Una relación jurídica que se vertebra a partir del principio de colaboración y que, como se ha dicho, resulta del todo ajena a cualquier interés patrimonial de las partes.

En este sentido, a la categorización del Memorando como convenio de colaboración le es consustancial la definición de las actuaciones o prestaciones a que se comprometen las partes, que aparece desglosado en su apartado 4 -al Departamento de Sanidad corresponde: la revisión de la documentación traducida; la supervisión del cumplimiento del Memorando; la asistencia técnica y formación sobre “FLC 2.0”. A DIMDI le corresponde: la traducción de los textos del inglés al alemán; el mantenimiento de la fidelidad de los textos originales, la asunción del costo de subir la versión alemana al sitio web, el respeto de la imagen corporativa, etc.-, lo que descarta que nos hallemos ante una mera carta de intenciones, cual si se tratara de un Protocolo General, como defiende el informe jurídico del Departamento de Sanidad.

Las obligaciones asumidas por las partes en virtud del Memorando son jurídicamente exigibles pues es, justamente, este instrumento de colaboración el que concreta las prestaciones a que se obligan las partes, unas obligaciones recíprocas que nacen del convenio y que resultan exigibles desde su suscripción, circunstancia a la que no obsta que la colaboración vertebre, como es natural, relaciones jurídicas basadas en la buena fe.

II. El principio de colaboración, conforme dispone el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, rige las relaciones entre las Administraciones Públicas.

Este principio de carácter general es también aplicable a las relaciones de colaboración que la Administración pueda entablar, en virtud de un convenio, con otras entidades, públicas o de carácter privado. En los artículos 5 y 6 de la Ley 30/1992 se perfilan las posibles figuras en las que se plasma este principio, así como el contenido mínimo de dichos instrumentos.

En este sentido, la suscripción del Memorando por una persona jurídica (Instituto Alemán de Documentación e Información Médica) de un Estado miembro de la Unión Europea no interfiere en la aplicabilidad de los preceptos citados, siendo que esta circunstancia en modo alguno convierte este instrumento de colaboración en un convenio de carácter internacional, como se ha apuntado a lo largo de su tramitación, expresión que hace referencia a los acuerdos celebrados entre los Estados y regidos por el derecho internacional. Una circunstancia que, obviamente, no caracteriza el Memorando de constante referencia.

El artículo 6 de la Ley 30/1992 impone la especificación en el convenio de seis aspectos esenciales, cuya verificación deviene necesaria en el análisis de legalidad que debe preceder a su suscripción: órganos que celebran el convenio y capacidad jurídica de cada uno de ellos; competencia que ejerce cada Administración; financiación; actuaciones que acuerdan desarrollar, en su caso, organización para su gestión y plazo de vigencia.

A este respecto, se presenta **incorrecta identificación del** **órgano que suscribe el Memorando por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco**, que en modo alguno puede ser OSTEBA –Servicio Vasco de Evaluación de Tecnologías Sanitarias- que, por carecer de personalidad jurídica propia, no ostenta capacidad jurídica para obligarse.

Debe recordarse que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno, la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.

En este sentido, es obligada la referencia al órgano que asume la representación para suscribir el convenio, en este caso, el Viceconsejero de Salud, a quien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.1 b) del Decreto 195/2013, de 9 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Salud, corresponde “*la suscripción de acuerdos o convenios con empresas, entidades y corporaciones cuando en el ejercicio de sus respectivas competencias tal facultad no haya sido atribuida a otro órgano”*.

Así mismo, en cuanto al **plazo de vigencia del Memorando**, es de toda obviedad que el mismo se inicia desde su suscripción y no admite la retroactividad que parece prever su punto 3 y su punto 6, con una redacción ciertamente confusa que debe depurarse adecuadamente, eliminado cualquier referencia al *15 de noviembre de 2013* o a otra fecha anterior a la de su suscripción*.*

El convenio no aclara el plazo de duración de la colaboración, circunstancia que debe especificarse expresamente, bien por referencia a un periodo de tiempo determinado, bien vinculándolo a la duración de un servicio o de una prestación, también determinados.

En cualquier caso, la expresión contenida en el punto 3 “*consistirá en el periodo dentro del cual se lleven a cabo las responsabilidades en el proyecto”* no aclara debidamente el plazo de vigencia del Memorando y procederá su sustitución en los términos indicados.

Por lo demás, a pesar de la habitualidad con que los convenios de colaboración incluyen previsiones organizativas dirigidas a garantizar su recta interpretación e, incluso, a dirimir los eventuales conflictos que pudieran surgir en su ejecución, dicho aspecto no resulta imprescindible y la omisión de cualquier referencia en el Memorando no interfiere en su validez jurídica.

En definitiva, atendiendo a la finalidad de la colaboración, a la capacidad para obligarse de quienes suscribirán el convenio y al cumplimiento de los requerimientos esenciales –con las salvedades especificadas en el cuerpo de este informe- que han de concurrir en cualquier instrumento de colaboración que suscriba la Administración con otra entidad pública, puede concluirse que el contenido del Memorando es conforme a Derecho.

Éste es mi informe que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho, en Vitoria-Gasteiz, a 18 de marzo de 2014.

**Arantza González López**

**Letrada**