



INFORME DE LEGALIDAD DEL BORRADOR DE PROTOCOLO GENERAL DE ACTUACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI, EL ENTE VASCO DE LA ENERGIA Y LA MERCANTIL POWERFULTREE, S.L., PARA LA PROMOCIÓN DE LA ENERGÍA AGROVOLTAICA

---

28/2022 IL - DDLCN

## I. ANTECEDENTES

Por la Dirección de Calidad e Industrias Alimentarias se solicita la emisión del preceptivo informe de legalidad en relación con el modelo del convenio de referencia.

Se adjunta el borrador del Protocolo general de actuación, la propuesta al Consejo de Gobierno por el que toma conocimiento del Protocolo general de actuación entre las tres entidades para la promoción de la energía agrofotovoltaica; la memoria económica y justificativa del Director de Calidad e Industrias Alimentarias; igualmente informe de su asesoría jurídica departamental. Además, dos escrituras notariales de la mercantil, de constitución y de cambio de domicilio social y una certificación registral de administradores y cargos; y una escritura notarial de revocación y otorgamiento de poder de representación del EVE.

Desde la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno, se emite el presente informe en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.1.b) y 2 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco y en el artículo 13.2 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, en relación, ambos, con 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, y con el artículo 15.1.a) del Decreto 8/2021, de 29 de enero, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.

Donostia - San Sebastian, 1 – 01010 VITORIA-GASTEIZ  
tef. 945 01 86 30 – Fax 945 01 87 03



## II. LEGALIDAD.

### 1.- Los Protocolos Generales de Actuación. -

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en el art. 47, por contraposición a los convenios -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-, define a los Protocolos Generales de Actuación, como declaraciones de intención de contenido general o que expresan 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.

El que los Protocolos Generales de Actuación no conlleven formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles, no significa que no puedan tener consecuencias jurídicas, algún tipo de eficacia jurídica.

Mientras que los art. 47 y siguientes de la Ley 40/2015, se extienden en determinaciones sobre los requisitos de validez y eficacia de los convenios, su contenido, trámites preceptivos para su suscripción y efectos, extinción, efectos de la resolución de los convenios y finalmente su remisión al Tribunal de Cuentas estatal o autonómico, respecto a los Protocolos Generales de Actuación, dicha Ley nada añade a la anterior definición.

Sin embargo, el Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, establece una regulación *in extenso* de los convenios y de los Protocolos, común en muchos aspectos, pero además establece algunas determinaciones propias de cada instrumento. Vamos a señalar en relación con los Protocolos, las principales,

En el art. 54 del Decreto 144/2017 se definen los Convenios y Protocolos de igual forma que el citado art. 47 Ley 40/2015.

Específicamente en relación con los Protocolos Generales de Actuación, indica el art. 55.3 que compete conocer al Gobierno Vasco de la suscripción de los Protocolos Generales, mediante la remisión del texto definitivo negociado y suscrito al Consejo de Gobierno, art 57.2 y

3. Y, cuando se produzca cualquier modificación o corrección de errores, deberá notificarse a la Secretaría del Gobierno, para su comprobación y corrección en el fichero, art. 58.

En el art. 62 -Autoridades facultadas para suscribir- indica respecto de los Protocolos con particulares o entidades constituidas bajo forma privada de personificación, que pueden ser firmados por los órganos de los Departamentos con competencia en la materia, siendo el momento de la suscripción, art. 63.1.d) y 2, una vez se haya completado su tramitación e informado al Consejo de Gobierno. Excepcionalmente, por razones de urgencia motivada, pueden ser firmados sin conocimiento previo del Gobierno Vasco, si establecen la condición de su ratificación posterior por el Gobierno o si este no expresa su rechazo cuando le es comunicado.

Y los Protocolos Generales entran en vigor según establezcan los mismos, pero nunca antes de la fecha de su firma, art. 64. Exclusivamente para información y seguimiento, art. 66, la Secretaría de Gobierno lleva un fichero con datos de identificación suficientes de los Protocolos Generales suscritos y comunicados, debiendo los órganos promotores de los mismos remitir, además de otras copias, el original o copia compulsada de los textos finalmente suscritos, y pudiendo dicho fichero ser consultado por los órganos de la Administración Autónoma.

El art. 56 establece la negociación de los Convenios y Protocolos Generales, común a ambos instrumentos, mediante fases:

a) Fase preliminar de negociación: en la que se fija el texto provisional del instrumento convencional.

b) Fase de tramitación interna, en la que se recabarán los informes preceptivos. ...

c) Finalización de la negociación, en la que adoptará el texto definitivo del Protocolo General y establecerán las reglas ... para la suscripción del texto.

2.- Las personas que lleven a cabo la negociación por parte de la Comunidad Autónoma del País Vasco propondrán la inclusión en el texto definitivo de las cláusulas que regulen expresamente el régimen

de vigencia, de las prórrogas, denuncia y resolución del Protocolo General.

3.- La prórroga tácita\* sólo será posible, siempre que existan disponibilidades presupuestarias y que su importe no deba ser autorizado por el Gobierno Vasco, cuando estuviera expresamente prevista en el articulado. 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."

\*Hay que entender que la prórroga tácita es de aplicación a los Protocolos solo si estos lo prevén. La referencia a las disponibilidades presupuestarias solo sería de aplicación a los instrumentos con naturaleza de convenios.

Si se refiere en detalle la regulación del Decreto 144/2017, es para resaltar que los Protocolos Generales de Actuación, ante la parquedad regulatoria de la Ley 40/2015, se definen de forma muy similar a los Convenios en cuanto a sus aspectos procedimentales, haciendo complicado discernir, según cada caso, si, bajo la denominación de Protocolo se establece un auténtico convenio o no, atendiendo a la definición del art. 47 de la Ley 40/2015 y art. 54 del Decreto 144/2017.

Si el requisito del Convenio es que sea un acuerdo con efectos jurídicos para un fin común, no es incompatible dicha definición con la del Protocolo General de Actuación - declaraciones de intención de contenido general o de 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.

Y ello porque un Protocolo General de Actuación, puede desplegar ciertos efectos jurídicos, que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles.

Se constata en la regulación del Decreto 144/2017 la cercanía regulatoria de ambos instrumentos en aspectos procedimentales, lo que implica la voluntad del normador de juridificar en lo posible los Protocolos.

Es característico de esa voluntad el art. 56.2, en el que se constata sin dificultad, que despliega efectos jurídicos, no solo los inmediatos, - vigencia, prórroga, denuncia y resolución -, sino los derivados de, en su caso, situaciones conflictivas entre las partes firmantes, por su desacuerdo, en relación a dichos efectos inmediatos.

La cláusula quinta es una regla general de exención de efectos jurídicos, de que el Protocolo no constituye obligación ni compromiso vinculante alguno para las partes de (i) proceder a celebrar cualquier convenio o instrumento jurídico, (ii) participar en el desarrollo de cualquier actividad, (iii) acometer cualquier gasto o inversión, ya sea de forma individual o conjunta y (iv) constituir conjuntamente cualquier tipo de sociedad de carácter mercantil.

Pero no evita ciertos efectos jurídicos en caso de conflicto entre las partes firmantes, o en relación con ciertas obligaciones.

Por ello, hay que analizar algunas cláusulas del convenio para advertir de dichos riesgos.

## 2.- Antecedentes del Protocolo General de Actuación objeto de este informe-

Como indican los expositivos cuarto y quinto del borrador de Protocolo general de actuación que es objeto de este informe, la Administración autónoma, el EVE y la mercantil Powerfultree S.L. constatan la complementariedad de las competencias, experiencias y medios de los que disponen, y comparten el interés común en promover la tecnología agrovoltaica.

Este borrador de Protocolo general de actuación a suscribir por las citadas tres partes está referido al aprovechamiento eficiente de recursos utilizando la misma superficie de terreno para la promoción de la energía agrovoltaica, (o agrofotovoltaica) y para la producción agrícola.

Se implantan los paneles fotovoltaicos en la misma superficie de terreno en la que se desarrolla la producción agrícola, y se obtiene tanto energía solar como productos agrícolas.

De lo que resulta que la tecnología agrovoltaica puede ser una oportunidad para la instalación de parques agrofotovoltaicos en el territorio de Euskadi, y para la creación de una cadena de valor que permita realizar parques agrovoltaicos en otras regiones del mundo.

### 3.- Cláusulas del Protocolo.-

#### La Cláusula segunda - Ámbitos de actuación-

“Las partes manifiestan su interés en promover el desarrollo de la tecnología agrofotovoltaica en sus respectivos ámbitos de actuación, y así:

a) PowerfulTree S.L. desarrollará la ingeniería del proyecto de tecnología agrovoltaica, llevando a cabo un proyecto piloto en dos bodegas de la Rioja Alavesa.

b) EVE, como propietario de la instalación fotovoltaica, pondrá a disposición del desarrollo de la energía agrovoltaica dichas instalaciones y, de prosperar dicha tecnología, y tras la firma de los acuerdos e instrumentos que se consideren necesarios, garantizará la continuidad de la instalación y la venta de la energía eléctrica.

c) La Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi promoverá la implantación de la energía agrovoltaica en el sector agrario, en el caso de que el desarrollo del proyecto piloto de tecnología agrovoltaica tenga éxito.”

Al parecer, la mercantil ya tiene un proyecto básico de tecnología agrovoltaica, pendiente de su ingeniería de desarrollo en un proyecto piloto en dos bodegas.

Por su parte, el EVE es propietario de la instalación fotovoltaica. Hay que suponer – porque la parquedad de la explicación no permite aseverarlo-, que se refiere a la instalación

fotovoltaica de la que es propietaria, instalada en las dos bodegas de Rioja alavesa, y en la cual la mercantil desarrollaría su proyecto piloto de tecnología agrovoltaica.

Y el EVE, en caso de éxito de la tecnología agrovoltaica, y tras la firma de los acuerdos e instrumentos necesarios, garantizará la continuidad de la instalación y la venta de la energía eléctrica.

Y la Administración autónoma promoverá de la implantación de la energía agrovoltaica en el sector agrario, si el proyecto piloto tiene éxito.

En esta Cláusula segunda se advierten ciertos riesgos si, con base en las propias previsiones del Protocolo, el mismo no tiene continuidad.

Por referir dos supuestos, en relación con el desarrollo y planificación del contenido sustancial de un convenio específico en aplicación de la Cláusula tercera, respecto del que existe desacuerdo entre las partes de forma que no se llega a suscribir.

Consecuencia de lo cual, una de las partes procede a la denuncia del Protocolo conforme a la Cláusula séptima, lo que determina que otra parte sufra daños.

O en relación con el desarrollo y planificación del contenido sustancial de un convenio específico en aplicación de la Cláusula tercera, respecto del que existe desacuerdo entre las partes de forma que no se llega a suscribir, y estando próximo el vencimiento del plazo de vigencia del Protocolo, 2 años, no se produce la prórroga expresa porque una de las partes vota legítimamente en contra de dicha prórroga, conforme a la Cláusula sexta. Consecuencia de lo cual, se derivan daños a una parte, por esa falta de vigencia y falta de prórroga expresa.

Los supuestos de daños pueden ser variados y causales en relación con el devenir del Protocolo. Por referir dos supuestos ilustrativos:

-En el curso de las negociaciones del convenio específico, la mercantil incurre en ciertos gastos preliminares en relación con su proyecto básico de tecnología agrovoltaica, - administrativos, de alquileres de transporte, de materiales, de personal, de pruebas y ensayos,

de financiación bancaria, etc.-, previos a la ingeniería de desarrollo que se producirá cuando se firme el convenio correspondiente.

Y la Administración y el EVE deciden denunciar el Protocolo al constatar la dificultad o imposibilidad de ponerse de acuerdo con la mercantil -v.g. en la titularidad de los derechos- y de que el convenio específico llegue a suscribirse. O estando próximo el fin de la vigencia del Protocolo, y en las mismas circunstancias y por los mismos motivos, la Administración y el EVE deciden expresamente no prorrogarlo.

-O en el curso de las negociaciones del convenio específico, el EVE y la Administración reciben una oferta económica en firme, temporal, de adquisición de la instalación fotovoltaica del EVE, que rechazan con la expectativa de la suscripción del convenio específico que finalmente no se suscribe, y la mercantil denuncia el Protocolo al constatar la dificultad o imposibilidad de ponerse de acuerdo con la Administración y el EVE -v.g. en la titularidad de los derechos- y de que el convenio específico llegue a suscribirse. O la mercantil decide expresamente no prorrogar la vigencia del Protocolo, próximo a su fin, por las mismas circunstancias y motivos.

En un caso -los gastos incurridos- y en otro caso -la pérdida de oportunidad o el lucro cesante-, puede ser considerado un daño causal que se produce de una parte a otra en el ejercicio legítimo de los derechos que ambas tienen establecidos en el Protocolo y, eventualmente, ser exigido ante los tribunales. Y a pesar de lo que indica la Cláusula octava del Protocolo, referida a que, por el incumplimiento de los postulados asumidos por las restantes, no cabe exigirse indemnización alguna entre las partes.

En los dos supuestos citados, cabría exigirse indemnización por daños, sin haberse incumplido el Protocolo, sino por el ejercicio de los derechos previstos en el mismo.

Es por ello, más allá de la casuística que se pueda dar -como son los dos supuestos descritos-, cabe pensar con carácter general en que existen riesgos de esta naturaleza y cabría considerarlos para su inclusión en la regla de exención de efectos jurídicos de la Cláusula quinta o en la Cláusula octava, de inexigibilidad de daños por ejercer derechos previstos en el Protocolo.

En lo que respecta a las garantías de continuidad de la instalación y la venta de la energía eléctrica, por parte del EVE y la promoción de la implantación de la energía agrovoltáica



en el sector agrario, por parte de la Administración, si el proyecto piloto tiene éxito, hay que entender que son meras declaraciones de intenciones que no suponen la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles ni despliegan efectos jurídicos y que hay que entender que tienen encaje en los puntos (ii) y (iii) de la regla de exención de efectos jurídicos de la Cláusula quinta del Protocolo, pero en cuanto se suscribieran convenios específicos, deberían ser obligaciones que se incluyeran de un modo u otro en el contenido de los mismos, y por tanto, ya exigibles.

Y difícilmente podrían ser excluidas del contenido de los convenios específicos, sin una motivación adecuada y suficiente para no incurrir en la vulneración del principio de confianza legítima, buena fe y vinculación a los propios actos de la Administración.

Por último, nada más se puede añadir al informe jurídico departamental al que hay que remitirse, dada su exhaustividad, y lo único que cabe es de alguna manera complementar, que no completar, el citado informe departamental, con las prevenciones apuntadas en los apartados precedentes.

Es lo que informo, no obstante, me someto a cualquier otro mejor fundado en derecho.