



INFORME DE LEGALIDAD SOBRE EL BORRADOR DE CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, LA DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA Y EL AYUNTAMIENTO DE SAN SEBASTIÁN PARA LA REDACCIÓN DEL PROYECTO Y POSTERIOR IMPLANTACIÓN DEL BUS ELÉCTRICO INTELIGENTE EN LA CIUDAD DE SAN SEBASTIÁN

48/2019 DDLCN – IL

I. ANTECEDENTES

Con fecha 11 de abril de 2018 se encomienda a la letrada que suscribe la elaboración del informe de legalidad en relación con el Borrador de convenio citado en el encabezamiento.

El presente informe se emite en virtud de lo dispuesto en el artículo 5.1 b) de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, en el artículo 13.1.b) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco y en el artículo 14 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. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTENIDO DEL CONVENIO

A. En relación con la documentación que integra el expediente

Acompañan a la solicitud de informe, además del borrador de convenio, memoria justificativa y económica suscrita por el Director de Infraestructuras del Transporte del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras, el informe jurídico relativo a la propuesta de acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se autoriza la suscripción del convenio de referencia, el protocolo general de colaboración entre las administraciones



intervenientes para la realización de diversas actuaciones relacionadas con la “Smart Mobility para San Sebastián- movilidad eficiente e integrada”, que enmarca la colaboración que concreta la propuesta de convenio.

Así mismo, se adjunta la Propuesta de Acuerdo de Consejo de Gobierno autorizando la suscripción del convenio de constante cita a la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras, presupuesto esencial a la luz de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 7/1981, de 30 de Junio, sobre “Ley de Gobierno”, en tanto atribuye al Gobierno la condición de sujeto del convenio, circunstancia que ineludiblemente conlleva la explícita autorización de quien ostenta la potestad originaria a favor de aquel miembro del Gobierno que prestará el consentimiento para su suscripción.

Se concluye, de este modo, que los antecedentes que integran el expediente resultan suficientes para la emisión del preceptivo informe.

B. En relación con la estructura y objeto del convenio

El convenio se estructura en parte expositiva y nueve cláusulas, dedicadas al objeto; obligaciones de las Administraciones en orden al objeto, desarrollo y financiación del Convenio; financiación y pago de los trabajos; estado de cuentas y ejecución; comisión de seguimiento, régimen jurídico, respeto de las competencias de las partes intervenientes, modificación y vigencia y resolución del convenio.

Se sigue con esta propuesta la estela iniciada con los instrumentos de colaboración suscritos para la implantación del bus eléctrico inteligente en la ciudad de Vitoria-Gasteiz (en un convenio inicial con la Diputación de Álava y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, y el actualmente vigente, de carácter bilateral con el citado Ayuntamiento).

La parte expositiva es suficientemente expresiva de la motivación del marco de colaboración interinstitucional que el convenio hará efectivo, así como del entramado y titularidad competencial que en la materia concernida deriva del Estatuto de Autonomía, de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los órganos Forales de sus Territorios Históricos, de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de

las Bases de Régimen Local, así como de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

La parte expositiva, así como la referencia a los antecedentes contenidos en la Memoria justificativa y económica contextualizan la colaboración interadministrativa en una estrategia de más amplio alcance que engarza con el Plan Director de Transporte Sostenible de Euskadi 2030, con la Estrategia Energética de Euskadi 2030 y con la Estrategia Vasca de Cambio Climático 2050.

Igualmente, el convenio conecta directamente con el Protocolo General de Colaboración entre la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, Diputación Foral de Gipuzkoa y el Ayuntamiento de San Sebastián para la realización de diversas actuaciones relacionadas con la “Smart Mobility para San Sebastián -movilidad eficiente e integrada”, que incluye entre las líneas estratégicas¹ de colaboración interinstitucional una dedicada al sistema de BEI-Bus Eléctrico Inteligente que desglosa en siete medidas concretas, incardinándose el borrador que se informa en la primera de ellas –puesta en funcionamiento de la línea 28 de autobuses 100% eléctricos-.

El convenio, tal y como explicita su objeto, dirige la colaboración interinstitucional hacia una finalidad esencialmente financiera, que se proyecta en las dos fases previstas para la efectiva implantación del sistema de bus eléctrico inteligente (en adelante, BEI) en la línea 28 de la ciudad: una primera, de redacción del proyecto constructivo y otra, de licitación e implantación material del BEI.

Así, la cláusula primera, dedicada al objeto del convenio, evidencia la finalidad de la colaboración interadministrativa –“*promover la financiación conjunta y la realización de diversas*

¹ Sistema de BEI –Bus Eléctrico Inteligente:

- Puesta en funcionamiento de la línea 28 de autobuses 100% eléctricos.
- Puesta en funcionamiento de 11 autobuses de 18 metros 100% eléctricos.
- Dotar de infraestructura para carga eléctrica en paradas y cocheras.
- Actuaciones urbanizadoras para la inserción urbana del BEI en cruces y paradas.
- Dotar de sistema de venta y cancelación de títulos en paradas.
- Dotar de sistema de señalización-comunicación inteligente, carril preferente y prioridad semafórica.
- Integración y puesta en producción en Plataforma Smart Mobility.

actuaciones de su competencia, necesarias en primer lugar para la redacción del proyecto constructivo y en segundo lugar para la posterior implantación de la Sistema de BEI-BEA, Bus Eléctrico Inteligente, en la Línea 28 de San Sebastián.”-

Los términos de la cláusula transcrita parecen apuntar un objeto que trasciende de la financiación conjunta por parte de las Administraciones intervinientes del proyecto de implantación del sistema de bus eléctrico inteligente, si bien el articulado se limita a dar cuenta, en lo que toca a la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de obligaciones de contenido estrictamente financiero.

Solo el Ayuntamiento de San Sebastián y el ente público “Red Ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea (ETS)”, sobre cuya participación se volverá más adelante, asumen deberes que trascienden del estricto libramiento de fondos.

La colaboración se vislumbra como cauce de financiación interinstitucional de un proyecto de alto coste económico (40.000.000 euros, IVA incluido), que se acompaña en la cláusula segunda de un desglose de las cantidades que se compromete a aportar cada Administración suscribiente por ejercicio económico.

De inicio, convendría justificar el coste de partida previsto en la citada cláusula que, aunque coincidente con la consignada en la memoria económica que obra en el expediente, aparece desprovisto de un mínimo desglose de la estimación de costes, necesario para evaluar la razonabilidad de la previsión.

En lo que respecta a los compromisos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cabe señalar que a la disposición de fondos se suma una colaboración técnica en el proceso de licitación. Proceso este que simplemente se cita como mera formalidad al aparecer desconectada de concreción alguna, imprescindible para que aquella colaboración técnica se conforme en auténtica obligación exigible, a la que se suma la recepción de una encomienda meramente formal sobre la que se volverá en otro apartado.

C. En relación con la naturaleza jurídica del convenio sometido a informe

La materia objeto de acuerdo se ajusta a la definición prevista en el art 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, 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*”-, tanto en su vertiente positiva – acuerdo con efectos jurídicos adoptado por las administraciones públicas-, como en su vertiente negativa –no es un mero protocolo general de actuación, ni contiene una prestación propia de los contratos-.

Estamos en presencia de un convenio de los denominados interadministrativos - artículo 47.2 a) LRJSP-, firmados entre dos o más Administraciones Públicas, que encauza la financiación conjunta de un servicio de utilidad pública.

La colaboración que articula el convenio tiene una finalidad esencialmente financiera, a cuyo efecto las partes asumen compromisos de esa índole a los que se suman, en el caso del Ayuntamiento de San Sebastián, la encomienda a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco para que, a través del ente de su sector público, lleve a cabo la redacción del proyecto constructivo, así como la licitación y ejecución de las actuaciones para la implantación del BEI en la línea 28 de la ciudad, y la posterior explotación del servicio mediante la forma de gestión que determine.

Es el ente público “Red Ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea (ETS)” el otro sujeto concernido por obligaciones de hacer de contenido no financiero (véanse cláusulas tercera y cuarta) en virtud de una cuestionable encomienda de segundo nivel.

El compromiso financiero adquirido obliga a las partes a hacer frente a los gastos que derivan de la ejecución de las fases I y II en proporción idéntica al que se ha seguido en la implantación del BEI en la ciudad de San Sebastián:

- Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco: 65%.
- Diputación Foral de Gipuzkoa: 17,5%, y
- Ayuntamiento de San Sebastián: 17,5%.

Las partes librarán los pagos a ETS o al Ayuntamiento de San Sebastián, según aquellos se dirijan a financiar el proyecto constructivo o la licitación y posterior implantación del BEI.

La finalidad esencialmente financiera del convenio encuentra apoyo en el artículo 48.2² del Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco (en adelante, Decreto Legislativo 1/1997) y en el artículo 2.3.a)³ del Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Desde la posición que ocupa en el convenio la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco estaríamos ante una actividad de fomento que pretende estimular una modalidad de transporte que se considera de interés público. La titularidad de la actividad corresponderá en buena lógica –aunque nada dice a este respecto el convenio, como sería menester- a la Administración que recibe parte de los fondos (el Ayuntamiento de San Sebastián), pues ETS es mero encomendado, autor material de un proyecto cuya titularidad razonablemente ostentará el citado Ayuntamiento, aunque nada se dice al respecto y del que, vaya por delante, no termina de vislumbrarse la conexión funcional en la elaboración del proyecto constructivo del BEI con el ámbito que al ente público le es propio.

² Artículo 48.2 Decreto Legislativo 1/1997: “A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entiende como ayuda o subvención pública toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi y sus organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público, así como, en general, cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo a los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi y/o financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Unión Europea o de otras Administraciones”.

³ Artículo 2.3 Real Decreto 887/2006: “En particular, será de aplicación la Ley General de Subvenciones y el presente Reglamento a: a) Los convenios de colaboración celebrados entre Administraciones Públicas, en los que únicamente la Administración Pública beneficiaria ostenta competencias propias de ejecución sobre la materia, consistiendo la obligación de la Administración Pública concedente de la subvención en la realización de una aportación dineraria a favor de la otra u otras partes del convenio, con la finalidad de financiar el ejercicio de tareas, inversiones, programas o cualquier actividad que entre dentro del ámbito de las competencias propias de la Administración Pública destinataria de los fondos”.

La LRJSP prevé la existencia de convenios instrumentales que formalizan la concesión de subvenciones: se trata de un negocio jurídico, en este caso, multilateral que vehicula la entrega de fondos desde dos administraciones públicas a una tercera, la que promueve la actividad, y al encomendado, si bien para la realización de actuaciones materiales necesarias para la viabilidad de un proyecto que revertirá previsiblemente en el acervo patrimonial municipal.

La consecuencia de esta naturaleza compleja se prevé en el artículo 48.7 LRJSP – *“Cuando el convenio instrumente una subvención deberá cumplir con lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en la normativa autonómica de desarrollo que, en su caso, resulte aplicable”*.

Cumplimiento de la normativa de subvenciones que ha de completarse, además, con una norma general vinculada a los convenios en los que se asumen compromisos financieros (artículo 48.6 LRJSP), que se concreta en que las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio.

Una regla que, además de no precisar para su exigibilidad de plasmación directa en el convenio, queda garantizada con suficiencia en la cláusula tercera, apartado cuarto del mismo.

D. En relación con la participación de ETS.

A pesar de la vaguedad -en términos estrictamente facultativos- con la que se prevé en la cláusula segunda A).2 la participación de ETS en la actividad material que deriva del convenio –*“(...) Dicha colaboración se podrá prestar a través del Ente Público Ente Público Red Ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea (ETS), a través de la correspondiente encomienda”*-, la misma se va concretando en apartados y cláusulas posteriores, hasta hacerla perfectamente tangible.

Así, el apartado c) de la cláusula segunda, dedicado a las obligaciones del Ayuntamiento de San Sebastián, se inicia con la asunción del deber de encomendar a la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco para *“que, a través del ente de su sector*

público señalado en el apartado A [ETS], lleve a cabo la redacción del proyecto constructivo relativo a la implantación bus eléctrico inteligente”.

O, más específicamente, la cláusula tercera, que prevé el libramiento de fondos de las administraciones intervinientes a favor de ETS en relación con el proyecto constructivo, y recíprocas obligaciones del ente público de presentación de la documentación acreditativa de la realización de los trabajos y del pago de las facturas. O la cláusula cuarta, que contempla el deber de ETS de remitir el estado de cuentas de ejecución del proyecto a petición de algunas de las Administraciones intervinientes.

Como se ha adelantado, la participación de ETS es producto de una suerte de encomienda de segundo nivel, pues el apartado C) de la cláusula segunda prevé la encomienda del Ayuntamiento a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma para la redacción del proyecto constructivo quien lo encomendará, a su vez, a ETS.

Quizá de este modo trata de evitarse la participación de ETS como entidad firmante del convenio de colaboración, o quizá superar alguna objeción esencial vinculada al ámbito funcional del ente público, si bien no alcanza a comprenderse cómo cabe imponer obligaciones a una entidad con personalidad jurídica propia cuando no interviene en el negocio del que las mismas derivan.

No se precisa levantar el velo para identificar a la entidad encomendada, pues el convenio es suficientemente explícito al respecto. No es la Administración General de la Comunidad Autónoma quien asume la elaboración del proyecto constructivo, sino, en verdad, ETS.

Parecería que se parte de una suerte de dependencia de jerárquica de ETS de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que no es tal, ni permite a aquella asumir obligaciones directamente en nombre del ente público sin la intermediación del correspondiente instrumento habilitante.

Hemos de recordar que ETS es un ente público de derecho privado (art. 1.2 de la Ley 6/2004, de 21 de mayo, de Red Ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea) y que, en tanto que tal, y no obstante su adscripción al departamento de la Administración de la Comunidad

Autónoma de Euskadi que ostente las competencias en materia de ferrocarriles (artículo 3 de la citada Ley), tiene personalidad jurídica propia, diferente de la de la Administración de adscripción (artículo 7.4 del Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco aprobado por Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre). A esta objeción, que ya es esencial en sí misma, hay que sumar la que deriva del ámbito funcional del ente público encomendado.

Se plantean a este respecto cuestiones idénticas a las analizadas en el informe de fecha 18 de abril de 2018 sobre el borrador de convenio de colaboración entre la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, de complementariedad a la implantación del bus eléctrico inteligente en la ciudad de Vitoria-Gasteiz, bien que en el que ahora nos ocupa no se justifica una mínima conexión entre el ámbito funcional de ETS y el alcance de las obligaciones que para el ente público derivan del Convenio.

La exigible incardinación de la realización material del proyecto constructivo en el objeto y funciones definidas por la Ley 6/2004, de 21 de mayo, de Red Ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea, es una exigencia ínsita a los principios de legalidad y competencia, que no cabe alterar por mor de un instrumento de colaboración.

La exposición de motivos de la Ley 6/2004 resulta clarificadora al respecto al circunscribir el ámbito funcional del ente público de derecho privado Red Ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea (en adelante, ETS) a *“la construcción y administración de las infraestructuras ferroviarias, (...) El ente se adscribe al departamento competente en materia de ferrocarriles (...). La competencia del nuevo ente se extiende a todas las infraestructuras ferroviarias actuales o que en el futuro se puedan construir que sean competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco y que se le encomienden”*.

Esto es, y así se deduce también de los artículos 5 y 6 de la citada Ley 6/2004, su objeto y funciones se circunscriben al exclusivo ámbito de las infraestructuras de transporte ferroviario, a las que con la información que obra en el expediente parece ajeno el objeto del convenio.

El instrumento de colaboración debe proyectarse necesariamente sobre el ámbito de las respectivas competencias de todos los entes intervinientes, también de los entes instrumentales que puedan resultar afectados por la colaboración.

Una exigencia que no es más que manifestación, como se dice, del principio de legalidad (artículo 103.1 CE).

Así deriva, igualmente, del artículo 11.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuya virtud, *“La realización de actividades de carácter material o técnico de la competencia de los órganos administrativos o de las Entidades de Derecho Público podrá ser encomendada a otros órganos o Entidades de Derecho Público de la misma o de distinta Administración, siempre que entre sus competencias estén esas actividades, por razones de eficacia o cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño”*.

En definitiva, no se aprecia el necesario vínculo entre la encomienda a ETS que deriva con radical claridad del convenio para la elaboración del proyecto constructivo del BEI en la línea 28 de la ciudad de San Sebastián y el ámbito funcional del ente público.

Esta conclusión impeditiva hace innecesario adentrarse en el análisis del ámbito de la encomienda y de la suficiencia (o no) de los sujetos intervinientes para articular adecuadamente la colaboración, que sí se trataba en aquel informe de 18 de abril de 2018 al que viene haciéndose referencia.

IV. CONCLUSIÓN

A la vista de la documentación que integra el expediente y vistos los términos de la cláusula segunda del convenio, se advierte una objeción de legalidad que afecta a la encomienda a ETS de la elaboración del proyecto constructivo, que impide informar favorablemente el borrador del convenio de colaboración.

Este es el informe que emito que someto a cualquier otro mejor fundado en derecho, en Vitoria-Gasteiz, a 26 de abril de 2019.