



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 ÁLAVA Y EL AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ PARA LA IMPLANTACIÓN DEL BUS ELÉCTRICO INTELIGENTE EN LA CIUDAD DE VITORIA-GASTEIZ

125/2017 DDLCN - IL

I. ANTECEDENTES

Con fecha 5 de diciembre de 2017 se ha solicitado a la Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo la emisión del preceptivo 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 y por un Técnico de Gestión Económica y Presupuestaria del citado departamento, un cuadro de estimación de costes y el informe jurídico relativo a la propuesta de acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se autoriza la suscripción del convenio de referencia.

Se echa en falta, sin embargo, la Propuesta de Acuerdo de Consejo de Gobierno que autorice la suscripción del convenio de constante cita a la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras, requerimiento esencial habida cuenta de que el artículo 18 de la Ley 7/1981, de 30 de Junio, sobre "Ley de Gobierno" atribuye al Gobierno la condición de sujeto del convenio, a quien corresponde su autorización y aprobación, sin que la citada Consejera pueda asumir el ejercicio de dicha potestad si no es en virtud de autorización de quien la ostenta con carácter originario.

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 intervinientes, modificación y vigencia y resolución del convenio-.

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 2/2006, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi.

Un marco complejo que se desgrana en el informe jurídico que se acompaña a la propuesta en un atinado análisis, al que nos remitimos a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

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, la propuesta de convenio conecta directamente con el convenio de colaboración suscrito el 1 de junio de 2016 entre las mismas partes para la redacción de proyectos para adecuar la oferta de transporte público en la ciudad de Vitoria-Gasteiz mediante la generación de un sistema multimodal integrado e íntegramente electrificado de medios de transporte público colectivo y de última milla, que preveía, entre otras actuaciones, el análisis de la implantación del autobús exprés eléctrico en la línea periférica de la ciudad.

Realizados los proyectos necesarios, el borrador de convenio perfila la colaboración interinstitucional para hacer efectiva la fase de implantación material de un bus eléctrico inteligente en la línea antedicha, a cuyo efecto articula la correspondiente cobertura financiera.

La cláusula primera, dedicada al objeto del convenio, evidencia la finalidad de la colaboración interadministrativa –*“promover la financiación conjunta y la realización de diversas actuaciones de su competencia, necesarias para la implantación de la electrificación en el transporte público urbano a fin de dotar a la ciudad de Vitoria-Gasteiz de un sistema de bus eléctrico inteligente en la actual línea 2 periférica de la ciudad”*–.

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 de las obligaciones financieras que asume cada Administración (cláusulas segunda y tercera), únicos deberes concretos y específicos que parecen asumir las partes, más allá de la que corresponde al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz como promotor de la contratación.

La colaboración se vislumbra como cauce de financiación interinstitucional de un proyecto de alto coste económico (42.850.000 euros), 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 (42.850.000 euros), previsto en la cláusula segunda, que razonablemente habrá de conectar, aunque nada se dice al respecto, con el resultante de los proyectos llevados a cabo por el ente público Euskal Trenbide Sarea por mor del Convenio de 2016 al que se ha hecho referencia. Es de suponer que el desglose de estimación de costes que se integra en el expediente responde a cifras que derivan de aquellos proyectos, pero nada se aclara en la documentación que integra el expediente remitido.

En lo que respecta a los compromisos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cabe señalar que al compromiso financiero, al que se dedicará un posterior comentario, se suma una colaboración técnica en el proceso de licitación que simplemente se cita, sin que la misma se acompañe de una mínima concreción, que resulta necesaria y exigible.

Téngase en cuenta que, tal y como prevé la citada cláusula segunda, corresponde al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz la licitación y ejecución del proyecto para la implantación del bus eléctrico, razón suficiente para definir con algún pormenor los términos de la asistencia que una Administración prestará a otra, esencia misma de la colaboración y parámetro mínimo de exigibilidad de los compromisos adquiridos.

Unos compromisos que por indeterminados en el instrumento de colaboración se atisban, en verdad, vacíos e inexigibles.

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 que incidirá, sin duda, en la mejora de la eficiencia del servicio público de transporte en la ciudad de Vitoria-Gasteiz.

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 Vitoria-Gasteiz, obligaciones de licitación del proyecto, ejecución de las actuaciones necesarias para la implantación del sistema de bus eléctrico inteligente y posterior explotación del servicio, que, precisarían de mayor concreción, habida cuenta de que la financiación a que se comprometen las partes firmantes no puede ser ajena al ritmo de ejecución de aquellos compromisos: plazo de licitación, objeto del contrato, plazo de ejecución del proyecto, etc.

En todo caso, desde un parámetro de estricta legalidad, se cumplen en el caso examinado los requisitos de validez de los convenios que establece el artículo 48 LRJSP, si bien los compromisos financieros que derivarán de su suscripción precisan de un examen más detallado sobre la naturaleza y significado de las aportaciones dinerarias.

El compromiso financiero adquirido obliga a las partes a hacer frente a los gastos que derivan del proyecto, ejecución e implantación del sistema de bus eléctrico inteligente en la siguiente proporción:

- Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco: 65%.

- Diputación Foral de Álava: 17,5%, y
- Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz: 17,5%.

Nada cabe objetar a los porcentajes de financiación.

La Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Diputación Foral de Álava librarán los pagos directamente al Ayuntamiento de Vitoria, quien, como se ha dicho, llevará a cabo los compromisos de licitación, ejecución y prestación del servicio que se incardinan en el ámbito de su exclusiva competencia.

Las notas apuntadas permiten obtener una primera conclusión vinculada a la naturaleza propia del convenio de colaboración, perfectamente compatible con esta: el proyecto de convenio tiene una finalidad esencialmente financiera que se concreta, entre otros compromisos, en la instrumentación de subvenciones con destino al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz para que este haga frente, a su vez, a los costos de licitación y ejecución del proyecto de implantación del sistema de bus eléctrico inteligente.

Tal conclusión se apoya en lo dispuesto en el artículo 48.2¹ 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

¹ 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”.

en el artículo 2.3.a)² 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 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 los fondos (el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz), la que ostenta competencias propias de ejecución sobre la materia que se subvenciona.

La titularidad del resultante de la colaboración no es cuestión irrelevante, y precisa de determinación en el instrumento de colaboración, que guarda silencio al respecto.

Por lo demás, la importancia de puntualizar la naturaleza jurídica del objeto de la colaboración reside en la determinación del régimen jurídico de la colaboración interadministrativa. Así lo ha reconocido la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de febrero de 1989 –“*Los convenios jurídicos son lo que legalmente son y no lo que semánticamente puedan significar*”-.

Si, como es el caso, el promotor de la actividad es el receptor de fondos (además de cofinanciador) sin que exista contraprestación alguna para las otras dos Administraciones participantes, el negocio se debe calificar de subvención y el expediente habrá de tramitarse con sujeción a la normativa aplicable a las subvenciones.

² 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, sin que por esta última se ofrezca a las anteriores contraprestación a cambio.

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 no precisa para su exigibilidad de plasmación directa en el convenio, pero sí de la conveniencia de prever mecanismos de reintegro de las cantidades libradas que superen los gastos de ejecución que resulten de la liquidación final.

Contrariamente a lo expuesto, la cláusula tercera del convenio únicamente prevé la existencia de incidencias contractuales que repercutan en el precio de adjudicación del contrato licitado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, para incrementarlo, no para disminuirlo.

Se trata de una laguna que precisaría ser debidamente colmada, al menos desde la posición de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, única que se compromete a realizar un abono de cuantía muy significativa (10.000.000 €) sin que se vislumbre su destino inmediato, pues no responde a obras realizadas o trabajo alguno por parte de la Administración receptora de la prestación dineraria.

Podría ocurrir en hipótesis que los pagos por importe de 17.852.500 € (más IVA) que la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco se obliga a realizar a lo largo de los ejercicios 2018 y 2019 respondieran fielmente a las certificaciones de obra y facturas presentadas, sin alcanzar la cantidad suplementaria de 10.000.000 € que, de acuerdo a la cláusula segunda del convenio, aquella Administración se compromete a abonar directamente al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz a la firma del convenio.

Una hipótesis que, de verificarse, contravendría la norma imperativa que deriva del artículo 48.6 LRJSP y del correlativo artículo 49.10 del Decreto Legislativo 1/1997, sin que, por otra parte, su cumplimiento haya quedado adecuadamente salvaguardado con un mecanismo de reintegro que no se vislumbra en el convenio, ni cabría suplirlo con los supuestos previstos en el artículo 53 del Decreto Legislativo 1/1997.

A su vez, la cláusula segunda del convenio y, singularmente, el libramiento de 10.000.000 € por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en el ejercicio 2017, próximo a finalizar, merece alguna consideración aparte.

Como se ha dicho, la citada cantidad se abonará a la suscripción del Convenio, quedando al margen de la justificación documental a que se obliga el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz de acuerdo con la cláusula tercera –para los pagos que la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Diputación Foral de Álava habrán de realizar durante los ejercicios 2018 y 2019, de acuerdo, ha de suponerse, al ritmo de la ejecución del proyecto-.

El primer abono por importe de 10.000.000 € a que se obliga la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco queda desprovisto de justificación alguna.

La Memoria Justificativa y económica y la estimación de costes que se incorporan al expediente no esbozan, siquiera tímidamente, la razón que avala un libramiento de fondos que alcanza prácticamente la tercera parte del total comprometido por la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Antes al contrario, la estimación de costes es suficientemente explícita al respecto y, en el desglose de las inversiones por concepto y ejercicio económico, cuantifica en 0 € el que corresponde a 2017, previendo, sin embargo, una financiación con cargo al Gobierno Vasco de los repetidos 10.000.000 € en el año 2017.

En todo caso, más allá de las obligaciones de índole presupuestaria que serán objeto del informe de la Oficina de Control Económico, el artículo 49.11 del Decreto Legislativo 1/1997 constituye norma de derecho necesario que debe hacerse valer en este informe –*“El abono de la subvención se realizará previa justificación del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió. No obstante lo anterior, cuando se justifique por razón de la subvención, podrán realizarse abonos a cuenta. Dichos abonos a cuenta podrán suponer la realización de pagos fraccionados que responderán al ritmo de ejecución de las acciones subvencionadas, abonándose por cuantía equivalente a la justificación presentada. Excepcionalmente, se podrán realizar pagos anticipados que supondrán entregas de fondos con carácter previo a la justificación, como financiación necesaria para poder llevar a cabo las actuaciones inherentes a la subvención”*–.

En el proyecto que se informa no se prevé justificación que explique el repetido abono de 10.000.000 €, ni se articula como abono a cuenta.

Solo el carácter anticipado del pago que resulte necesario para hacer frente a las actuaciones a las que sirve la subvención podría justificar el libramiento de una cantidad tan abultada.

Una tesis que no cabe presumir, sino que precisa de adecuada y suficiente motivación y acreditación por el Departamento proponente que avale la previsión convencional, y que habrá de clarificarse en todo caso previamente a su autorización y aprobación por Consejo de Gobierno.

La justificación complementaria que se demanda habrá de estar debidamente vinculada con las actuaciones objeto del convenio, de forma que se evidencie la necesidad del

pago anticipado y que eluda cualquier atisbo de encubrir una suerte de financiación incondicionada o de financiación de actividades ajenas a las que son objeto del convenio.

D. En relación con algunas cláusulas del convenio

A continuación se realizarán algunas consideraciones sucintas en relación con ciertas cláusulas del proyecto:

- **Cláusula Quinta. Comisión de Seguimiento**

Las funciones que se atribuyen a la citada Comisión, lógicas sin duda, en la conformidad del proyecto y en el proceso de licitación no tienen la debida continuidad en la fase de ejecución y, singularmente, en la modificación de que pueda ser objeto el contrato. Una actuación que se presenta como antecedente necesario de la previsión de la cláusula tercera, que exige la aprobación por unanimidad de la partes financiadoras de los sobrecostes en que pueda incurrir el contrato para la implantación del bus eléctrico inteligente.

Esto es, la financiación del incremento del coste tendría que ser el resultado del seguimiento y conformidad de todas las partes firmantes del convenio, representadas en la Comisión de Seguimiento, con la ejecución y modificaciones que procedan. El conocimiento y conformidad de las partes resultan ejes vertebrales para dar solución a las incidencias que surjan durante la ejecución del convenio, siendo singularmente la ejecución del contrato para la implantación del sistema de bus eléctrico inteligente la que previsiblemente presentará mayor complejidad, de la que podrán derivar nuevas obligaciones financieras y, por ende, la que precisa de un seguimiento más activo de todas las partes del convenio.

- **Cláusula Novena. Vigencia y resolución del Convenio**

La cláusula novena prevé la duración del convenio por dos años, que, de acuerdo con la documentación que integra el expediente, alcanzarían los ejercicios 2018 y 2019, sin que se alcance a ver la anticipación de su vigencia al ejercicio 2017, salvo por la financiación por importe de 10.000.000 € a que se compromete la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que, como ha quedado dicho, no parece encontrar explicación en las actuaciones de ejecución del convenio.

La prórroga prevista en la misma cláusula por dos años, si bien no supera los límites a que se refiere el artículo 49.h.1º de la LRJSP, solo se justifica en avatares de la ejecución del proyecto de implantación del sistema de bus eléctrico inteligente, que retrasaría el cumplimiento de la finalidad a que sirve el marco de colaboración; de ahí que parezca más razonable que la prórroga, si así lo acuerdan las partes, quede circunscrita al tiempo que precise la ejecución de la totalidad del proyecto, con la salvedad que prevé la repetida cláusula de que exista crédito adecuado y suficiente a tal fin.

En cuanto a la resolución del convenio, la citada cláusula no hace mención a los efectos que derivarán de aquella, ni a las **consecuencias patrimoniales vinculadas al incumplimiento** de lo convenido, siendo en todo caso de aplicación lo dispuesto en el artículo 52 de la LRJSP.

Más dudas parecerían surgir de la aplicabilidad al caso del artículo 53 del Decreto Legislativo 1/1997, dedicado al reintegro de subvenciones y ayudas públicas, teniendo en cuenta la previsión final de la cláusula novena –“*En caso de resolución, las partes determinarán las condiciones para la finalización de las actividades que se hallen en ejecución*”-.

Sin embargo, que el convenio prevea, razonablemente, un mecanismo pro cumplimiento de su finalidad, contemplando la financiación de las actividades que se hallen en fase ejecución, no obsta a la procedencia de la acción de reintegro cuando la Administración receptora de los fondos incumple sus compromisos.

Su previsión expresa se estima necesaria.

Finalmente, y aunque excede del contenido propio de la cláusula novena, debe recordarse lo dispuesto en el artículo 53 LRJSP, del que deriva la obligación de remisión del convenio al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, deber que precisa ser recordado, en tanto no se apunta en los informes emitidos en relación con el proyecto que se informa.

III. CONCLUSIÓN

La suscripción del convenio de colaboración propuesto resultaría conforme a Derecho con las observaciones de mejora que se contienen en el cuerpo de este informe, salvo en lo referente a la redacción de la cláusula segunda del mismo, especialmente en ausencia en el expediente de motivación expresa y suficiente respecto a las previsiones de esta última.

Este es el informe que emito que someto a cualquier otro mejor fundado en derecho.