



INFORME DE LEGALIDAD SOBRE EL CONVENIO DE COLABORACION ENTRE LA ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE EUSKADI, LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA, TUBACEX, S.A., TUBOS REUNIDOS, S.A., AMPO S.COOP, VICINAY MARINE, S.L. Y LA FUNDACION EIC ENERGY ADVANCED ENGINEERING FUNDAZIOA, PARA LA CREACIÓN, PUESTA EN MARCHA, DESARROLLO Y SOSTENIMIENTO DE SERVICIOS TECNOLÓGICOS EN INGENIERÍA AVANZADA PARA EL SECTOR ENERGÉTICO, QUE SE OFRECERAN EN LAS INSTALACIONES DEL EDIFICIO EQUIPADO SITUADO EN EL PARQUE TECNOLÓGICO DE EZKERRALDEA/ MEATZALDEA.

52/2021 IL – DDLCN

ANTECEDENTES

Por 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 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco y en el artículo 13 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 19 de enero, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Gobernanza Pública y Autogobierno.

Junto con la solicitud, se acompaña el proyecto de convenio a informar, el informe jurídico departamental, memoria justificativa y económica y borrador del acuerdo del Consejo de Gobierno que apruebe el mismo.

LEGALIDAD

A efectos de evitar reiteraciones, no se va a incidir en aspectos ya analizados en el informe jurídico departamental así como en la memoria justificativa departamental, excepto si hay alguna discrepancia que indicar, aclaraciones que el Departamento ha de realizar o cuestiones que no se hayan analizado.

Asimismo, resulta fundamental hacer referencia al hecho de que, desde esta Dirección, ya se emitió Informe de Legalidad respecto del "Convenio de colaboración entre la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Diputación Foral de Bizkaia, Tubacex, SA, Tubos Reunidos, SA, AMPO S. COOP, Vicinay Marine, SL, y la Fundación EIC Energy



Advanced Engineering Fundazioa, para la creación, puesta en marcha, desarrollo y sostenimiento de servicios tecnológicos avanzados en OIL&GAS en las instalaciones del edificio equipado situado en el Parque Tecnológico de Ezkerraldea/Meatzaldea”, registrado como Informe de Legalidad 3/2020 DDLCN – IL con número de expediente NBNC_CCO_4529/19_03.

El borrador de convenio que entonces informamos es sustancialmente igual al que nos ocupa, con la única diferencia de que aquél regula la prestación de servicios de OIL&GAS y, éste, los que han venido a llamarse “servicios tecnológicos en ingeniería avanzada para el sector energético”. Pero desde una perspectiva puramente jurídica se trata de convenios homólogos.

Por consiguiente, resulta inexorable referirnos al mencionado Informe de Legalidad 3/2020 DDLCN – IL toda vez que todos los comentarios y conclusiones plasmadas en el mismo son plenamente aplicables al borrador de convenio respecto del que se solicita el presente Informe de Legalidad. Ello, sin perjuicio de que en el presente Informe se traigan a colación únicamente algunas de las más relevantes, con el objetivo único de no reiterarnos en cuestiones previamente informadas.

1.- Una de las circunstancias, que destacan del borrador de convenio, es que algunas de las cláusulas están redactadas desde la óptica de la Diputación Foral de Bizkaia (en adelante, “DFB”), como si fuera la única Administración Pública participante.

A este respecto, podemos poner como ejemplo el último párrafo de la cláusula quinta, los dos últimos párrafos de la cláusula duodécima o los párrafos dedicados a las normas de liquidación del punto 3 de la cláusula decimosexta.

2.- En relación con la competencia, para evitar reiteraciones, nos debemos remitir expresamente a lo ya comentado a este respecto por el citado Informe de Legalidad 3/2020 DDLCN – IL, toda vez que en el presente caso nos encontramos ante las mismas dudas competenciales respecto de la posición adoptada por la DFB en el proyecto de convenio que nos ocupa (para una mejor referencia, páginas 2 a 6 del Informe de Legalidad 3/2020 DDLCN – IL).

3.- El proyecto de convenio objeto de informe se desarrolla, en general, conforme a los principios de cooperación y colaboración de las Administraciones públicas de la Ley 40/2015.

No obstante lo anterior, resulta necesario señalar que en algunos puntos cabría entender que el borrador de convenio incurre en excesos, con infracción del artículo 141.1. a) de la mencionada Ley 40/2015:

1. Las Administraciones Públicas deberán:

a) Respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias.

[...]

Y ello, dado que aun siendo la materia competencia exclusiva de la Administración Autónoma (a este respecto punto 2 del presente informe y, a su vez, la remisión realizada a lo comentado en el Informe de Legalidad 3/2020 DDLCN – IL), sin embargo, la coordinación parece pasar a un

segundo plano, especialmente, ante la colaboración y cooperación prestada por DFB que, en algunas cuestiones y en algunos casos, parece estar ejercitando una competencia de investigación científica y técnica que formalmente no ostenta y, además, en exclusiva. A este respecto resulta necesario referirnos al párrafo primero de la cláusula cuarta:

[...] todas las partes firmantes colaboran en las funciones de control que al efecto lleven a cabo las administraciones públicas firmantes, [...]

La redacción resulta cuanto menos confusa: las administraciones y las partes privadas colaboran en el control, y las administraciones llevan a cabo funciones de control. Esas funciones, sin mayor especificación, deben entenderse como de control mutuo. Esto es, literalmente y de por sí, también implica que en última instancia la DFB ejerza el control, que eventualmente pudiera proyectarse sobre la Administración Autónoma. Y ello, a pesar de que es a esta última a la que, por detentar la competencia según el Estatuto de Autonomía, corresponde la coordinación, conforme el Real Decreto 3/2009, de 9 de enero.

Por su lado, el control que la Administración Autónoma ejerce sobre DFB (que sí le corresponde conforme al referido Real Decreto 3/2009), puede ser previo o *a posteriori*.

El que pueda ser *a posteriori* pugna con la eficacia y eficiencia, por los problemas que puede presentar a efectos de la nulidad y anulabilidad de las actuaciones, y por el eventual reconocimiento de derechos de terceros de buena fe, siendo, en consecuencia preferible un control previo, preventivo, antes de que la DFB realice actuaciones o dicte resoluciones, con consecuencias jurídicas no previstas.

A este respecto, cabe resaltar el segundo párrafo del primer apartado de la cláusula cuarta, respecto del acuerdo entre ambas Administraciones sobre la selección del Gestor Tecnológico. Aunque en primera instancia dice ser el resultado del ejercicio de la "cooperación" entre ambas administraciones, conforme al convenio este nombramiento corresponde en última instancia "al ente foral". En ese papel a la postre preponderante de la DFB sobre la figura del Gestor Tecnológico abundan otros aspectos que, más allá de quien lleve a cabo el nombramiento, se refieren al mismo en el convenio: no consta que la Administración Autónoma ejerza ningún control preventivo, mediante la participación, supervisión, o tenga información o conocimiento, en relación con las bases de concurso (excepción hecha, cláusula undécima); ni respecto del régimen de responsabilidad del Gestor Tecnológico; ni sobre la selección del Gestor Tecnológico; ni sobre el contenido del contrato; ni respecto de servicios tecnológicos avanzados a ofrecer por el Gestor; ni sobre las condiciones económicas de su contrato; ni sobre la duración; ni sobre el control del cumplimiento de compromisos y las responsabilidades de las partes respecto de la maquinaria e instalaciones.

Por otra parte, son varias las cláusulas de cuya redacción cabría concluir quiebra ese principio de cooperación, y más aun, de control de la Administración Autónoma sobre DFB en una materia en principio exclusiva de la primera.

A este respecto, el apartado 4 de la cláusula cuarta sobre las garantías se manifiesta en los siguientes términos:

[...]

La garantías se constituirán en el plazo de tres (3) meses desde la firma del presente convenio a favor de la Diputación Foral de Bizkaia [...]

Resulta complicado justificar que estas no se constituyan a favor de ambas administraciones, y que la Administración Autónoma ni siquiera sea tomada en consideración sobre el contenido de las garantías, revisiones, ajustes y aceptación, como en dicha cláusula se establece para el ente foral.

Lo mismo cabe concluir en relación con la facultad de la DFB de optar por dejar de ser beneficiaria de las garantías en favor del Gestor Tecnológico, sin que tampoco la Administración Autónoma cuente en esa decisión, sea oída o informada con carácter previo; dicha facultad se desprende del párrafo siguiente al anteriormente transcrito.

Igualmente, en el último párrafo de la cláusula quinta, se recoge como causa de resolución del convenio el incumplimiento de la constitución de las garantías en el plazo, y por los importes establecidos sin causa justificada:

[...] apreciada por esta Diputación Foral de Bizkaia [...]

Una vez más, no se contempla a la Administración Autónoma en la toma de decisión.

De igual forma, la cláusula sexta refiere la composición de la Comisión de Seguimiento: con derecho a voz y voto, un representante foral, un representante autonómico y un representante de la Fundación EAE, presidida por el primero, siendo los acuerdos adoptados por mayoría de votos, y en caso de empate la presidencia tendría voto de calidad.

El contenido de las funciones de la Comisión de Seguimiento están claramente relacionadas con varias de las funciones establecidas en el Real Decreto 3/2009, de 9 de enero, lo que implica que la Administración Autónoma debiera tener los mismos representantes, dos, que la suma de los otros dos integrantes, y la presidencia del Comité de Seguimiento, detentando así el voto de calidad en caso de empate.

4.- La cláusula sexta incurre en un defecto de técnica normativa, porque el convenio no puede habilitar a uno de esos titulares, el foral:

[...] para la designación del representante foral en la Comisión [...]

En todo caso, serán las Normas Forales, que establecen los derechos, obligaciones, potestades y prerrogativas del titular foral del Departamento correspondiente, las que determinen si dicho titular puede o no habilitar al representante foral en la Comisión de seguimiento. Es pues una cuestión de organización interna de la DFB, no siendo competente el convenio, que suscriben particulares y los titulares de los Departamentos de las Administraciones foral y autonómica, para disponer nada en relación con esa habilitación.

En parecido defecto de técnica normativa se incurre en la cláusula decimosegunda, en la que el convenio habilita a la DFB a autorizar adhesiones,

Se habilita al diputado/a del departamento foral con competencias en la materia sobre la que versa el presente convenio a autorizar en nombre de la Diputación Foral de Bizkaia la firma de dicho convenio de adhesión siempre que se ajuste al convenio tipo aprobado.

5.- En la cláusula octava, el Comité Tecnológico tendrá entre sus funciones las de:

Elaborar un Plan destinado a posicionar la infraestructura equipada como un centro de referencia a nivel intra y extracomunitario y a implementarlo aportando para ello los medios que resulten necesarios en cada momento.

La cláusula sexta establece que el Comité de Seguimiento realiza un seguimiento de los trabajos del Comité Tecnológico. Para las funciones de análisis y propuesta del Comité Tecnológico esto puede ser suficiente, pero algo más que un seguimiento parece requerir el elaborar el Plan señalado, en la medida en que tiene una proyección “intra y extracomunitaria” que se implementa “con los medios que resulten necesarios”; medios que, directa o indirectamente, van a tener un origen en alguna de las partes firmantes.

6.- La Cláusula decimoquinta refiere una duración del convenio de 4 años a contar desde su firma.

Hay que constatar que los compromisos económicos de las empresas comienzan en el año 2023. Suscribiéndose el convenio este año 2021, el año 2023 sería el penúltimo del plazo de cuatro años, y solo habría habido dos compromisos de contratación individuales de cada empresa, tal y como se describen en la cláusula cuarta 2.

Las garantías, cláusula cuarta, 3,

[...] cubrirán el periodo de vigencia del presente convenio [...]

Por consiguiente, si no se prorroga el convenio, las garantías solo cubrirán dos años del compromiso de contratación individual de Servicios Tecnológicos Avanzados en IASE por cada empresa. Esto puede ser un problema para el equilibrio económico financiero del contrato del Gestor Tecnológico, la duración del mismo y su retribución. Igualmente, puede ser un problema para las Administraciones que han invertido y que no ven sino una fracción, del parcial retorno económico previsto en el convenio, alrededor de 3.000.000. €, al final del año 2027.

7.- La cláusula decimosexta establece que el cumplimiento de las actuaciones que constituyen el objeto del convenio extingue el mismo, pero también se extingue por incurrir en causa de resolución.

Así, entre las causas de resolución incluidas destaca la siguiente:

[...] incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes.

Para ello se establece un procedimiento automático: apreciado un incumplimiento, cualquier firmante requiere al incumplidor para que cumpla en un plazo que se le indique.

Este requerimiento se comunica a la Comisión de Seguimiento y transcurrido el plazo, si no se cumple, la parte que hizo el requerimiento,

[...] notificará a las partes firmantes la concurrencia de la causa de resolución y se entenderá resuelto el convenio.

Con dos simples trámites de comunicación a la Comisión de Seguimiento y de notificación a los firmantes, "se entiende resuelto el convenio", si no se ha cumplido en plazo. Un plazo que, en última instancia, ha dado aquel firmante dispuesto a constatar el incumplimiento y resolver. Todo ello, sin diferenciar los supuestos de incumplimientos por su gravedad e importancia, sin establecer límites mínimos de los plazos, etc. Por consiguiente, cabría concluir que nos encontramos ante un procedimiento, cuando menos, excesivamente duro o inflexible.

Tal vez un contrapeso al mismo pudiera ser una consulta a la Comisión de Seguimiento, o cualquier fórmula similar, que implique de manera decisiva a este órgano, antes de la notificación a los firmantes que dé lugar a la resolución automática del convenio.

Igualmente, en esta misma cláusula se establece, como motivo de resolución, la denuncia del Convenio por uno de los firmantes:

[...] manifestando su deseo de separación.

Las demás partes pueden optar por continuar. En este caso la parte que se separa, pierde:

[...] todo lo aportado y que deberá indemnizar los daños y perjuicios que pudieran causar dicha separación atendiendo al estado de las inversiones y contratos puestos en marcha por las administraciones firmantes. [...]

Parece que la cláusula se ha redactado partiendo de la premisa de que la denuncia del convenio no la pueda protagonizar una de las dos administraciones firmantes, salvo que se pretenda aceptar la idea de que ante la denuncia de una de las administraciones firmantes éstas vayan a perder lo aportado (esto es, las instalaciones), en favor del resto de partes. Si fuera la DFB, además, tendría que enfrentarse a la resolución/novación del contrato del gestor tecnológico y haría casi imposible la continuidad del convenio para el resto de las partes firmantes que desearan continuar.

Por consiguiente, una vez más, nos encontramos ante una redacción ciertamente mejorable.

8.- El órgano promotor de la iniciativa nos ha remitido junto al proyecto de convenio la Propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno, por la que se aprueba la suscripción del convenio que nos ocupa, en la que se incluiría asimismo la autorización para prestar el consentimiento y suscripción por una autoridad diferente a la del Lehendakari, en concreto la Consejera de Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente.

En relación a esta Propuesta de Acuerdo del Consejo de Gobierno, cabe afirmar que su contenido se ajusta a las exigencias fijadas por el Decreto 144/2017, cuando autoriza el modelo

de convenio a suscribir, así como la autorización para la suscripción del mismo por parte de la Consejera de Desarrollo Económico, Sostenibilidad y Medio Ambiente.

9.- Respecto de la memoria, en su apartado referido a la financiación, se dice que el Convenio de Colaboración proyectado:

[...] no implica compromiso económico alguno para la Administración General de la CAPV [...]

Estrictu sensu así parece ser, no se requiere una partida presupuestaria para responder de las obligaciones que contrae la Administración Autónoma en el convenio.

No obstante lo anterior, la propia memoria y borrador de convenio, como no puede ser de otra forma, refieren los importantísimos compromisos económicos que las Administraciones suscribientes han acordado en el convenio de colaboración de 22 de febrero de 2019, y en su modificación suscrita el 13 de marzo de 2020. Ese convenio de colaboración es premisa y soporte material y económico del proyecto de convenio objeto de este informe, sin el cual el borrador de convenio, no tiene contenido.

Como se indica en los expositivos III y V del borrador de convenio:

Que las empresas [...] se han dirigido a la administración pública vasca para proponer la creación de una infraestructura de validación y demostración con equipamientos punteros dirigido al sector IASE. Es una infraestructura que las empresas no pueden acometer en solitario, y es necesaria para hacer proyectos de I+D+i que, a día de hoy, no se pueden hacer en el País Vasco [...]

Que se trata de una actuación de gran alcance y ciertamente especial que requiere de una colaboración público-privada. Una colaboración público-privada en la que la administración pública adquiere el compromiso de ejecutar unas inversiones iniciales [...] Dadas la materia sobre las que recae y sus características, esta relación se articula mediante el presente convenio de colaboración, no dando lugar a la figura de contrato o a la acogida en programas públicos de ayudas tal y como queda justificado en la memoria obrante en el expediente administrativo.

El documento del Energy Intelligence Center, del que se tuvo conocimiento a la hora de emitir anteriores Informes de Legalidad ya referidos en el presente, da cuenta de los riesgos de incurrir en Ayuda de Estado, y las formas aplicadas para detectar los supuestos incursos en el art. 107 y 108 TFUE, así como las posibles alternativas para evitarlos.

Si se advierte esta circunstancia es debido a que, en la memoria del presente expediente, no se ha hecho ninguna consideración y evaluación sobre si dichas aportaciones económicas de las Administraciones Públicas del convenio de colaboración de 22 de febrero de 2019 (con una relación directa con el proyecto de convenio objeto de este informe), eventualmente, pudieran o no tener consecuencias desde la perspectiva del régimen de Ayudas de Estado a los efectos del derecho comunitario, incardinables en los artículos 107 y 108 TFUE. Y, de ser así, sobre las

subsiguientes consecuencias que se derivarían de dicha evaluación, según fuera aplicable la regla general prohibitiva, o las excepciones, que la permiten.

Por todo ello, debe advertirse expresamente, como ya se hizo en el referido Informe de Legalidad 3/2020 DDLCN – IL, que escapa a las posibilidades de este informe realizar un análisis del borrador de convenio desde la perspectiva de las ayudas de estado, sin experiencia práctica y formación suficiente, sin el conocimiento de magnitudes económicas, y con la información y tiempo de que se dispone, y sin conocer el expediente administrativo del convenio anterior.

Dicho análisis, a realizar en nuestro caso por el Departamento, con pleno conocimiento de la génesis y desarrollo de la actuación aquí informada y de la actuación antecedente, sí parece necesario, dada la evolución conceptual expansiva que dicho concepto comunitario ha tenido en los últimos años, con la participación decisiva del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

Por apuntar una última cuestión que genera incertidumbre, cabría incluso cuestiona si en la conjunción de ambos convenios, pudiera apreciarse, por su estrecha cronología y finalidad, el ser considerados uno solo.

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