



ANÁLISIS DE LA ENCOMIENDA DE GESTIÓN A LA QUE SE REFIERE EL PROTOCOLO GENERAL DE ACTUACIÓN ENTRE LA ADMINISTRACION GENERAL DEL ESTADO Y LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE EUSKADI PARA LA REALIZACIÓN DE LOS PROYECTOS Y OBRAS DE LA VARIANTE SUR FERROVIARIA

**Exp. DDE 6/2017
52/2017 IL**

0. ANTECEDENTES

Se solicita por parte del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras un análisis de la propuesta de Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Fomento, la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Administrador de Infraestructuras ferroviarias para la construcción de la variante sur ferroviaria a que se refiere el Protocolo General de Actuación suscrito el 15 de marzo de 2017, entre la Administración General del Estado (en adelante, AGE) y la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, AGCAE) para la realización de los proyectos y obras de la variante sur ferroviaria.

I. MARCO COMPETENCIAL

El Estado ostenta competencia exclusiva en materia de obras públicas de interés general (149.1.24 CE) y la jurisprudencia constitucional tiene establecido que “la construcción de ferrocarriles de transporte público entra de lleno en la noción de obra pública y considera que dentro del citado concepto se engloban no sólo la mera construcción o financiación, sino también la planificación, proyección, construcción, conservación, así como su uso y explotación (STC 245/2012, FJ 4). Los órganos estatales (y muy especialmente, el legislador) disponen de un margen de libertad muy amplio para determinar los supuestos en que concurren circunstancias para calificar una infraestructura de interés general (SSTC 65/1998, FJ10, 245/2012, FJ 4 y STC 124/2016, FJ 3).

El Estado también posee competencia exclusiva sobre las infraestructuras ferroviarias que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.21 CE). De este modo, el criterio territorial se configura como elemento esencial del

sistema de reparto competencial en la materia, si bien la jurisprudencia constitucional permite su modulación a través del criterio de interés general. La competencia de la CAE en infraestructura ferroviaria (art. 10.32 EAPV) y sobre obras públicas que no tengan la calificación legal de interés general o cuya realización no afecte a otros territorios (art. 10.33 EAPV) queda delimitada de esta manera por la competencia estatal, por la concurrencia de una doble condición: poseer competencia sobre los tramos o líneas de ferrocarril que, aunque nazcan o mueran fuera de la Comunidad en su itinerario total, discurren dentro de la CAE (condición positiva), siempre que el tramo en cuestión no forme parte de una infraestructura ferroviaria considerada de interés general por el Estado (condición negativa), STC 124/2016 (FJ 3).

De acuerdo a este reparto competencial, es competencia del Estado establecer y regular la Red Ferroviaria de Interés General (RFIG), de la que forman parte entre otras las infraestructuras que sirvan de conexión o acceso a los puertos de interés general (STC 245/2012, FJ 10). La jurisprudencia tiene reconocido que entra dentro del margen de libertad que posee el Estado el incluir en la RFIG las infraestructuras que discurren íntegramente por el territorio de una Comunidad Autónoma cuando exista conexión física con la RFIG, previo informe de la CCAA afectada. Si no hubiera dicha conexión física, el Ministerio de Fomento precisaría de la autorización expresa por parte de la comunidad autónoma.

El objeto del Convenio consiste la realización de una encomienda de gestión a favor de la AGCAE, de las reguladas en el artículo 6.4 de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario y el art. 11 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Pública, dirigida a la realización de diversas actividades de carácter material o técnico necesarias para la ejecución de los trabajos de construcción de la Variante Sur Ferroviaria. Esta nueva línea se convertirá en el principal acceso ferroviario al Puerto de Bilbao. Se trata por lo tanto de una línea que tiene vocación de ser catalogada por el Ministerio de Fomento como parte de la RFIG.

Dentro de este marco competencial y a la hora de realizar el análisis del Convenio solicitado por el Departamento, resulta de interés traer a colación el pronunciamiento que la STC 124/2016 realizó en su FJ 9. En aquella sentencia se resolvió un conflicto positivo de competencia interpuesto por el Gobierno Vasco contra la Orden FOM/710/2015, de 30 de enero, por la que se aprobó el Catálogo de líneas y tramos de la RFIG, por entender que varios de los tramos y de las líneas allí catalogadas debían ser traspasadas a la CAE, en cuanto se trataban de líneas y tramos todos ellos intraautonómicos y carecían a juicio del Gobierno Vasco de razones para ser calificadas de interés general.

Entre las líneas y tramos que se reivindicaban se hallaban las líneas ferroviarias vinculadas al acceso al puerto de Bilbao, en particular la línea 01-720 Bilbao Abando Indalecio Prieto-Santurtzi; la 01-724 Bilbao Mercancías-Santurtzi y la 01-722 Deserutu-Barakaldo-Muskiz. Pues bien, si bien en aquella resolución se desestimó la pretensión del Gobierno Vasco de que fueran descatalogadas como RFIG, el Tribunal Constitucional tomando en consideración precisamente la posibilidad de que se construyeran la infraestructura objeto del Convenio de colaboración que nos ocupa, realizó la siguiente consideración: “El hecho, al que se refiere la Comunidad Autónoma del País Vasco, de que en el futuro, el acceso al puerto de Bilbao pueda realizarse principalmente a través de la línea 01-722, no desvirtúa el razonamiento expuesto, sin perjuicio de que, si ello llegara a materializarse y las líneas 01-720 y 01-724 dejaran por ello de ser de interés general en un momento dado, pudieran excluirse, como contempla el mismo art. 4 LSF 2015, del Catálogo de la RFIG, toda vez que la aplicación de los criterios de distribución competencial utilizados por la Orden de referencia podrían llevar en el futuro, en otras circunstancias fácticas, a unas conclusiones diferentes.”

Una vez analizado el marco competencial en el que se ha desenvolver el análisis del Convenio de Colaboración objeto de estudio, procederemos a continuación a señalar la normativa que le resulta de aplicación.

II. **NORMATIVA DE APLICACIÓN:**

Nos hallamos ante una encomienda de gestión de carácter interadministrativa de las previstas en la Ley 38/2015, de 29 de septiembre, del sector ferroviario, en particular en el artículo 6.4:

Artículo 6. Aprobación de los proyectos, construcción y puesta en servicio de infraestructuras ferroviarias integrantes de la Red Ferroviaria de Interés General.

(...)

4. Los administradores de infraestructuras ferroviarias podrán, mediante convenio de colaboración, encomendar a otras administraciones públicas, entidades de derecho público y sociedades vinculadas o dependientes de estas administraciones, las facultades correspondientes a la contratación de obras ferroviarias en la Red Ferroviaria de Interés General. La encomienda no comprenderá, en ningún caso, la aprobación del proyecto de construcción, ni afectará a las funciones de supervisión y recepción de la obra.

La encomienda de gestión es una técnica de traslación de la ejecución de competencias, mediante la cual los órganos administrativos competentes en una materia pueden encomendar a otros órganos o a otras Administraciones la realización de

actividades de carácter material, técnico o de servicios. El uso de esta técnica se fundamenta en razones de eficacia o en la falta de medios técnicos o incluso financieros para el desempeño de una actividad. No supone cesión de titularidad de competencia.

El instrumento de la encomienda de gestión se halla regulado en el artículo 11 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuyo artículo 11.3 prevé las encomiendas de gestión entre órganos y entidades de Derecho Público de distintas Administraciones y ordena que se formalicen mediante la firma del correspondiente convenio, que deberá ser a su vez publicado en el BOE y en el BOPV, en el caso de la CAE.

Pese a que se instrumentaliza a través de convenios, el artículo 48 de la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público, aclara que la regulación sobre convenios de la propia Ley 40/2015 (capítulo VI del Título Preliminar) no resulta de aplicación a las encomiendas de gestión.

La nueva regulación del art. 11 de la Ley 40/2015 introduce novedades respecto de la regulación de las encomiendas de gestión prevista en la derogada Ley 30/1992 en materia de contratación pública y en materia de protección de datos de carácter personal.

Por lo que respecta a la contratación pública introduce en su apartado primero un inciso relativo a la prohibición de que las encomiendas de gestión puedan tener por objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratación del sector público. De darse tal supuesto la regulación de su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en aquella normativa. Este inciso relativo a la contratación pública se introduce para adecuarse a la normativa comunitaria en esta materia y permitir el adecuado juego del principio de libre competencia también en el ámbito de la contratación pública.

No obstante, el 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 excluye de su ámbito de aplicación -y los somete a su régimen específico- a los negocios y relaciones jurídicas establecidas mediante “c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con ..., las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley”; así como, las operaciones realizadas por las propias administraciones mediante medios internos a través de entidades propias de su sector público, también denominadas operaciones “in house”, a las que se refiere el apartado “n) Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo

señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación. ...”. En tales supuestos, se exige a las Administraciones del cumplimiento de las exigencias de la normativa de contratación pública.

En lo que atañe al tratamiento de los datos de carácter personal el apartado 2 del artículo 11 introduce un inciso específico sobre la materia, dirigido a reconocer a la Entidad u órgano encomendado la condición de encargado del tratamiento de los datos de carácter personal a los que pudiera tener acceso en ejecución de la encomienda de gestión, a los efectos de dicha normativa.

Pasemos a continuación a conocer el contenido de la encomienda.

III. CONTENIDO DE LA ENCOMIENDA

Las partes o sujetos intervinientes en el convenio de colaboración son de un lado la Administración General del Estado (el Ministerio de Fomento) como titular de la obra de construcción de la infraestructura ferroviaria que transcurre por el territorio de más de una Comunidad Autónoma (149.1.21 CE) y que ha sido declarada como obra pública de interés general (art. 149.1.24 CE); y de otro, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que ostenta competencias exclusivas en obras publicas de interés comunitario (art. 10.33 EAPV) y en ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por su territorio (art. 10.32 EAPV), así como para la promoción, desarrollo económico y planificación de la actividad económica de País Vasco (art. 10.25 EAPV) y en materia de ordenación del territorio y urbanismo (art.10.31 EAPV).

La encomienda versa sobre la construcción de una obra considerada estratégica para asegurar el acceso al Puerto de Bilbao, la contratación de la obra de la Variante Sur Ferroviaria; “una infraestructura que conectará el Puerto de Bilbao con las redes ferroviarias existentes de diferentes anchos de vía, y cuya finalidad es facilitar el tránsito de mercancías del puerto de Bilbao”, con el objetivo de liberar de tráfico las líneas de Cercanías, mejorar la competitividad del puerto, así como la calidad de vida de los municipios por los que transcurren actualmente el tráfico de mercancías del Puerto.

Mediante el presente convenio se establecen las bases de cooperación entre las instituciones y entidades firmantes y se prevé la realización de diversas actuaciones materiales que se ejecutarán de manera desdoblada en una dos fases: la Fase I (Redacción del proyecto constructivo del Tunel Serantes-Olabeaga, así como la ejecución de tales obras) y la Fase II (Redacción del estudio informativo del tramo Barakaldo-Basauri).

El objeto de la encomienda consiste en la realización de las facultades correspondientes a (clausula primera 1.1):

- la redacción de estudios y proyectos constructivos;
- la contratación y ejecución de las obras;
- la colaboración en la gestión administrativa de los expedientes expropiatorios;
- la dirección de obra y
- cualquier otro tipo de servicios que la ejecución de las obras requieran.

En relación a las actividades de la Fase I, dirigidas a la redacción del proyecto constructivo del Tunel Serantes-Olabeaga, así como las obras destinadas a su construcción (cláusulas segunda a sexta), las actuaciones encomendadas se realizarán de acuerdo al siguiente esquema de trabajo:

- a) Estudio Informativo del Proyecto constructivo: la AGCAE colaborará con la AGE en la preparación de las respuestas a las alegaciones presentadas en la tramitación del Estudio Informativo del proyecto y si se apreciase la necesidad de redactar una modificación al mismo se encomienda su redacción a la AGCAE. La tramitación de la aprobación definitiva del Estudio Informativo corresponde, sin embargo, a la AGE.
- b) Declaración de Impacto Ambiental: la tramitación del procedimiento la asume el Ministerio, con el fin de obtener la Declaración de Impacto Ambiental por el órgano ambiental estatal.
- c) Redacción del Proyecto constructivo: lo asumirá la AGCAE, que deberá adaptarse a lo establecido en el Estudio Informativo que haya sido aprobado definitivamente.
- d) Ejecución de las Obras de construcción (obras de plataforma): la AGCAE contratará las obras para la construcción de la infraestructura del túnel Serantes-Olabeaga. (clausula sexta 6.1)
- e) La Dirección facultativa de la obra corresponde también a la AGCAE, incluidas la dirección, inspección y vigilancia de las obras; así como los servicios de seguridad y salud y cualquier otro servicio necesario para la ejecución de las obras. Podrán ser subcontratados, si bien con sujeción a lo establecido en la legislación de contratos del sector público (clausula sexta 6.2)
- f) Hasta la recepción de las obras por la AGE, la AGCAE ejercerá las prerrogativas propias del órgano de contratación: planificación y control global del proyecto; control de adecuación y mantenimiento de las pólizas de seguros contratadas; redacción de estudios e informes adicionales; gestión de la construcción; gestión y coordinación con otras instituciones; atención e información al público; resolución de reclamaciones de interesados afectados

por las obras; así como, la resolución de reclamaciones por parte del contratista.

- g) Las obras de superestructura corresponden a la AGE.
- h) La recepción de las obras corresponde a la AGE.

Por lo que respecta a las actuaciones materiales de la Fase II, dirigidas a la redacción del Estudio Informativo para la construcción de tramo Barakaldo-Basauri, las tareas se reparten del siguiente modo:

- a) Redacción del Estudio Informativo: la asume la AGCAE.
- b) Tramitación del expediente de aprobación del Estudio Informativo: la AGE, de acuerdo a la legislación sectorial ferroviaria y medioambiental.

El Convenio en su cláusula tercera establece el calendario para la realización de los trabajos de redacción de los estudios informativos y proyecto de ambas fases, que deberán ser realizados durante los ejercicios 2018 y 2019. En particular las actuaciones dirigidas a la aprobación definitiva del Estudio Informativo de la Fase I se prevé que se realicen durante el primer semestre de 2018. En el anexo I se especifica que la ejecución de las obras comenzará en el 2020 y se prevé que finalicen en el 2022.

También se fija el coste estimado de dichos trabajos, de acuerdo a la distribución de anualidades que prevé el Anexo I del Convenio:

- a) Redacción del Proyecto constructivo de la Fase I: 6 millones de euros (IVA excluido)
- b) Ejecución de las obras de plataforma de la Fase I: 375 millones de euros (IVA excluido), en las que quedan incluidas el coste de las expropiaciones a abonar por ADIF-Alta Velocidad, como beneficiario de las mismas.
- c) Redacción del Estudio Informativo de la Fase II: 2,5 millones de euros (IVA excluido).

La AGCAE poseerá capacidad para ejecutar las facultades encomendadas directamente a través de sus propios órganos administrativos o bien a través del ente público de derecho privado Red Ferroviaria Vasca-Euskal Trenbide Sarea (ETS), que forma parte del sector público de la AGCAE (cláusula primera 1.2).

En materia de expropiaciones, el Convenio (cláusula quinta) prevé la colaboración de ambas administraciones, en los siguientes términos:

- a) La AGCAE colaborará en la gestión administrativa de los expedientes expropiatorios en orden a la obtención de los terrenos para la ejecución de las obras de construcción del Túnel Serantes-Olabeaga, correspondientes a la

Fase I. También se encargará de preparar los expedientes expropiatorios hasta las correspondientes propuestas de resolución (incluidas éstas últimas).

- b) La AGE ostenta la condición de administración expropiante y ella será la que dicte los actos administrativos necesarios para la tramitación de los correspondientes expedientes. Se prevé, no obstante, la posibilidad de delegar dicha potestad. La entidad pública empresarial de la AGE, Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) ADIF-Alta Velocidad, será la administración beneficiaria de las actuaciones expropiatorias y quien abone las correspondientes indemnizaciones.

El Estado, se reserva las “facultades de aprobación del proyecto de construcción, así como las funciones de supervisión y recepción de la obra”, que no pueden ser objeto de encomienda, de acuerdo a lo previsto en el art. 6.4 de la Ley 38/2015 del Sector Ferroviario. En particular, las funciones de supervisión y aprobación del proyecto de construcción serán ejercidas por la administración estatal ferroviaria, encargada de la administración de infraestructuras, es decir, ADIF.

El Convenio incorpora una cláusula (cláusula séptima) en la que la AGCAE asume compromisos financieros dirigidos a adelantar la financiación necesaria para atender a los gastos de las obras de la Fase I, así como la de los servicios de la Fase I y de la Fase II, previendo que serán posteriormente asumidos por la AGE, a través de los mecanismos de minoración del cupo, de acuerdo a la disposición adicional cuarta de la Ley 12/2002 del Concierto Económico¹. Se prevé así mismo que el citado gasto de inversión no será computado a efectos del cálculo del déficit de Contabilidad Nacional correspondiente a la CAE. La AGE, mediante el Ministerio de Hacienda y Función Pública (en el texto del convenio se ha producido un error en la transcripción del nombre actual del Ministerio, que conviene corregir), se compromete a realizar cuantas gestiones sean precisas para que el Consejo de Ministros apruebe las operaciones de endeudamiento que precise la CAE, dirigidas a la obtención de la financiación necesaria.

El Convenio (cláusula octava) prevé la constitución de una Comisión de Seguimiento y Coordinación para asegurar el cumplimiento de los compromisos asumidos por ambas partes, de carácter paritario, en la que participarán, en igual

¹ Disposición Adicional cuarta de la Ley 12/2002, de 23 de mayo, del Concierto Económico. «El Estado y la Comunidad Autónoma del País Vasco podrán acordar la financiación conjunta de inversiones a realizar en el País Vasco que, por su cuantía, valor estratégico, interés general, incidencia en territorios distintos del de la Comunidad Autónoma del País Vasco o por otras circunstancias especiales, hagan recomendable ese tipo de financiación. Igualmente, el Estado y la Comunidad Autónoma podrán acordar la participación de ésta en la financiación de inversiones que, reuniendo las características a las que se refiere el párrafo anterior, se realicen en territorios distintos del de la Comunidad. En ambos supuestos, las aportaciones tendrán la incidencia en el cupo que se convenga en cada caso.»

número, representantes del Ministerio de Fomento y de la AGCAE. La presidencia de la Comisión será rotativa, comenzando con el representante de la AGE. También se prevé la constitución de una Comisión Técnica, también paritaria y con facultades de coordinación a este nivel. En la cláusula novena del Convenio se prevé un mecanismo para impedir que una inadecuada coordinación entre ambas administraciones pueda afectar de manera negativa a la tramitación del expediente de contratación, si bien reservando siempre la competencia de la AGE para la aprobación del proyecto constructivo y sus modificaciones, así como la recepción de la obra.

La cláusula décima del Convenio establece las causas de extinción.

IV. CONSIDERACIONES JURIDICAS:

Analizado el contenido del Convenio de acuerdo al marco competencial y normativo expuesto se considera ajustado al mismo.

No obstante, procede realizar una observación sobre el carácter de interés general de las líneas 01-720 y 01-724, catalogadas actualmente como RFIG en la Orden FOM/710/2015. Como ha sido expuesto en el apartado relativo al marco competencial de este informe, la STC 124/2016, en su FJ 9, constató que la construcción del nuevo trazado de acceso al Puerto de Bilbao a través del Túnel Serantes-Olabeaga pudiera llevar a considerar esta línea como la de principal acceso al Puerto. De constatarse esta circunstancia, ello abriría la puerta a solicitar al Ministerio de Fomento la correspondiente descatalogación de las líneas 01-720 y 01-724 como de RFIG, de acuerdo al procedimiento regulado en el art. 4 LSF 2015.

Para finalizar, a continuación se propondrán algunas mejoras en la redacción técnica:

Primera.- En el apartado INTERVIENEN se ha de sustituir el título que figura del Consejero (Economía y Hacienda) por el de Hacienda y Economía de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ya que figura redactado en orden inverso. Del mismo modo, se ha de corregir en la antefirma aquel título de Consejero.

Segunda.- En la cláusula tercera (apartado 3.3) del convenio conviene sustituir la abreviatura AGCAPV por la AGCAE, para homogeneizarla con la utilizada en el resto del texto.

Tercera.- En la cláusula tercera (apartado 3.5) convendría concretar cuál es el órgano “competente del administrador de infraestructuras ferroviarias en los términos que

señala la legislación sectorial ferroviaria”, que –salvo error por nuestra parte- no puede ser otro que ADIF-Alta Velocidad.

Cuarta.- En la cláusula séptima sobre financiación convendría, en aras a una mayor claridad del lenguaje y facilitar su adecuada interpretación, realizar las siguientes dos modificaciones que figuran resaltadas en color rojo en el propio texto del convenio:

Apartado 7.1.- Sustituir la palabra “incluidos” por “así como”.

Apartado 7.2 (segundo párrafo): sustituir la denominación que figura del Ministerio por la actualmente vigente.

Séptima.- Financiación

7.1.- Al amparo de la disposición adicional cuarta del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma de Euskadi, aprobado por Ley 12/2002, de 23 de mayo, la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi procederá a realizar las correspondientes minoraciones del cupo en compensación por los gastos de ejecución de las obras de la Fase 1, así como los costes de los servicios que como consecuencia de este Convenio abordará la AGCAE tanto en la Fase 1, como en la Fase 2, tras la presentación de las correspondientes certificaciones de obras o de servicios. Dicha minoración se hará efectiva en el abono del cupo que, de conformidad al Concierto Económico, sea inmediatamente posterior.

7.2.- Los gastos de inversión relativos a la infraestructura ferroviaria a la que se refiere el presente Convenio, realizados por la Comunidad por cuenta del Estado en virtud de encomienda de gestión, serán gastos atribuidos a la Administración del Estado y no a la Comunidad. Por tanto, el déficit de Contabilidad Nacional de dicha comunidad no se verá afectado por el citado gasto de inversión.

El Ministerio de Hacienda y Función Pública se compromete a realizar, en el ámbito de sus competencias, las gestiones necesarias para que las operaciones de endeudamiento que vaya a realizar la CAE dirigidas a la obtención de la financiación necesaria para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Convenio y que exijan autorización del Estado, puedan ser aprobadas por el Consejo de Ministros.