



GOBERNANTZA PUBLIKO ETA
AUTOGOBERNUA SAILA
Araubide Juridikoaren Sailburuordetza
*Lege Garapen eta Arau Kontrolerako
Zuzendaritza*

DEPARTAMENTO DE GOBERNANZA
PÚBLICA Y AUTOGOBIERNO
Viceconsejería de Régimen Jurídico
*Dirección de Desarrollo Legislativo y
Control Normativo*

INFORME DE LEGALIDAD RELATIVO AL CONVENIO DE COLABORACION ENTRE EL DEPARTAMENTO DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA Y EL DEPARTAMENTO DE DESARROLLO ECONÓMICO E INFRAESTRUCTURAS DE LA ADMINISTRACION GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE EUSKADI PARA LA RECUPERACIÓN DE LOS PAISAJES MINEROS DE ASFALTOS NATURALES DE LA MONTAÑA ALAVESA.

42/2020 DDLCN - IL

Número de expediente NBNC_CCO_104739/20_03

I.- ANTECEDENTES

Con fecha 11 de mayo de 2020, por el Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras se remite a esta Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo el proyecto de convenio de referencia, en orden a la emisión del preceptivo informe de legalidad.

Acompaña al citado documento, informe jurídico de la Asesoría Jurídica del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras, memoria técnica anexa al Convenio elaborada por la Diputación Foral de Alava, y memoria justificativa y económica emitida por la Dirección de Energía, Minas y Administración Industrial.

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 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 6.1 h) del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, 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 14.1.a) 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.- LEGALIDAD

1.- Objeto y justificación

El presente convenio surge con la finalidad principal de contribuir a la restauración ambiental y puesta en valor de los paisajes mineros de las antiguas explotaciones de asfaltos naturales de la Montaña Alavesa. Se trata de recuperar para nuevos usos y para el disfrute público espacios mineros en desuso y en estado de ruina y precariedad, que, sin embargo, atesoran un valioso patrimonio geológico y natural, histórico-industrial y cultural cuya preservación se pretende, posibilitando su uso público y ecoturístico.

Conforme a la memoria técnica anexa al Convenio, los tres emplazamientos mineros seleccionados por albergar una serie de características que les confieren una potencialidad destacable en cuanto a su recuperación, restauración y puesta en valor para su uso público y ecoturístico, se localizan en los términos de Arraia-Maeztu y Peñacerrada. Se trata del ámbito de actuación de los terrenos de las denominadas Minas Lucia en Atauri (Arraia-Maeztu), Coto Diana en Peñacerrada y ámbito minero Leorza-Cicujano (Arraia Maeztu).

Por tanto, las Administraciones que suscriben el Convenio están interesadas en la consecución de un fin común, la realización de actuaciones que se dirijan a la recuperación del medio natural afectado en estos antiguos ámbitos mineros de gran significación histórico-minera, así como a promover la puesta en valor de los recursos paisajísticos, culturales, educativos y ecoturísticos vinculados a estos antiguos ámbitos mineros.

2.- Aspectos competenciales

Respecto a las del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras, es el artículo 7 del Decreto 24/2016, de 26 de noviembre, 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, el que le atribuye el área de actuación de “energía y minas”.

Por su parte, el Decreto 74/2017, de 11 de abril, establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras del Gobierno Vasco, asignando a la Dirección de Energía, Minas y Administración Industrial, entre otras funciones, la Restauración de espacios naturales afectados por actividades mineras, sin perjuicio de las competencias asignadas en esta materia a otros Departamentos.

Respecto a esta última remisión a la competencia de otros Departamentos debe realizarse una precisión en atención a la información que consta en la memoria técnica elaborada por la Diputación Foral de Álava.

Es de resaltar que la citada memoria se refiere expresamente a que las tres localizaciones mineras sobre las que se intervendrá se enmarcan en entornos de gran valor ambiental, puesto que se localizan en diferentes Espacios Naturales Protegidos de la Red Natura 2000.

Nos encontramos así ante una intervención que guarda una indudable vinculación con las funciones atribuidas a la Dirección de Patrimonio Natural y Cambio Climático, que conforme a lo dispuesto en el artículo 11.2.c) del Decreto 77/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial y Vivienda, se refiere a *“La elaboración y tramitación de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y la de los Planes relativos a los objetivos y medidas de conservación de las ZEC y ZEPA de la Red Natura 2000”*.

Dichos planes de ordenación de los recursos naturales, así como los cambios normativos que próximamente se prevé que se produzcan en materia de cambio climático y transición energética, con incidencia en el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, pueden afectar a las actuaciones a que se refiere el Convenio, por lo que resulta acertado el modo en que se ha articulado la comisión de seguimiento prevista en el convenio, al habilitar la invitación *“a participar en los trabajos de la Comisión de Seguimiento, a petición de cualquiera de las partes, otros Departamentos del Gobierno Vasco o de la Diputación Foral de Álava, así como, cualesquiera otros Organismo Públicos o Entidades Locales que los firmantes estimen convenientes”*.

Lo anterior se significa, sin perjuicio de que existan entre ambas Administraciones otros instrumentos que aseguren la debida coordinación y colaboración en materia de cambio climático, patrimonio natural y biodiversidad.

Por lo que respecta a la competencia de la Diputación, el Decreto Foral 17/2016, del Consejo de Diputados de 9 de febrero, que aprueba la estructura orgánica y funcional del Departamento de Medio Ambiente y Urbanismo de la Diputación Foral de Álava, asigna a este Departamento, entre otras, las áreas de competencia relativas a Medio Ambiente y Paisaje, Conservación de la Naturaleza, Espacios Naturales, Biodiversidad y Especies Protegidas de Flora y Fauna.

En tanto propuesta de convenio a celebrar entre la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y la Diputación Foral de Alava, compete al Consejo de Gobierno prestar el consentimiento y suscribir el convenio en representación de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, tal y como dispone el artículo 55 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco.

La manifestación del consentimiento y la suscripción del Convenio en nombre de la Comunidad Autónoma por parte de la Consejera de Desarrollo Económico e Infraestructuras, requiere que previamente haya sido expresamente facultada para ello en el Acuerdo del Consejo de Gobierno que autorice la suscripción del Convenio (artículo 62.1 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 59.1 del citado Decreto 144/2017, la autorización previa del Gobierno Vasco para la suscripción del Convenio debe comunicarse al Parlamento Vasco por el órgano competente en materia de Relaciones con el Parlamento.

3.-Naturaleza jurídica del Convenio

Los términos en los que se concreta la colaboración entre las partes suscriptoras han adoptado la forma de los convenios regulados en los artículos 47 a 53 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Capítulo VI del Título Preliminar).

El informe jurídico emitido por la Asesoría Jurídica de la Dirección de Energía, Minas y Administración Industrial, se refiere a la naturaleza del presente convenio y su marco jurídico. Convenio de naturaleza administrativa, que se incardina dentro de la tipología de los convenios interadministrativos de colaboración contemplados en el artículo 47.2 a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Debe señalarse, además, que es el propio artículo 143.2 de la citada Ley 40/2015, el que se refiere a esta técnica de cooperación como instrumento idóneo para formalizar las relaciones de cooperación entre Administraciones Públicas en los que habrán de preverse las condiciones y compromisos que asumen las partes que los suscriben. En tal sentido, nos hallamos ante un convenio interadministrativo que se celebra con la finalidad de coordinarse y cooperar en la ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollarse en aras a lograr un objetivo común a las partes que reviste interés público.

Atendiendo a los compromisos asumidos por las partes, a los que se refiere la cláusula segunda del convenio, cabe concluir que nos encontramos ante un convenio excluido del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. Ley de Contratos del Sector Público, que en su artículo 6 se pronuncia del siguiente modo:

Artículo 6. Convenios y encomiendas de gestión.

- 1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.[...]*

Por tanto, atendiendo a los compromisos adquiridos conforme a la cláusula segunda del convenio, así como a lo dispuesto en la cláusula tercera, nos encontramos ante un sistema de

cooperación pública horizontal, cuyo resultado no puede calificarse de contractual (artículo 31. 1. b) de la Ley de Contratos del Sector Público). Ello, sin perjuicio de que, en cumplimiento de sus respectivas obligaciones y compromisos cuando reunan la condición de poder adjudicador, como es el caso de la Diputación Foral de Álava que será el órgano de contratación conforme a lo estipulado en el Convenio, les resulte de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE.

4.- Análisis del clausulado

En primer lugar, procede indicar que siendo la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi parte del Convenio, es esta la que debe aparecer, tanto en el título del convenio, como en su clausulado. Ello conforme a la clasificación institucional recogida en la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

El objeto del Convenio es regular la cooperación administrativa y financiera entre la Dirección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Diputación Foral de Álava y el Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras de la Administración General de la Comunidad Autónoma, para la restauración ambiental de los paisajes mineros asociados a la extracción de asfaltos naturales de la Montaña Alavesa y su acondicionamiento, siendo la cláusula segunda del mismo la que estipula los compromisos de las partes firmantes, con especial referencia a la financiación.

Debe señalarse que se hallan perfectamente descritas las cinco fases que contemplan las distintas actuaciones, las cuales en su desarrollo implicarán la adjudicación de redacciones de proyectos, ejecución de obras y asistencias técnicas en la dirección e inspección de las obras.

Respecto a la Administración General de la Comunidad Autónoma, su intervención se limita a la financiación de determinadas actuaciones, a las que se alude del siguiente modo “[...] *financiar el 50 % de los importes que resulten de aplicación para la consecución completa de los objetivos de cada fase con los límites de la partida presupuestaria habilitada al efecto [...]*”.

Por tanto, la aportación de la Administración General de la Comunidad Autónoma para dicho fin se articula a través del compromiso de financiación del 50 % de los importes que resulten de aplicación para la consecución completa de los objetivos de las cinco fases previstas, con los

límites de la partida presupuestaria habilitada al efecto para la recuperación de los espacios mineros de asfaltos naturales de la Montaña Alavesa: 175.000 euros en el 2020 y 215.000 euros en el 2021.

Por lo que respecta a los compromisos y obligaciones asumidos por la Diputación Foral de Álava, se observa una clara referencia a los importes de las contrataciones a efectuar por la Diputación foral de Álava, y su respaldo presupuestario. Sin embargo, a la hora de concretar las actuaciones que se financiarán, únicamente se observa la referencia a la redacción de determinados proyectos: un primer proyecto que se identifica de forma específica, y otros proyectos y asistencias técnicas, que son identificados de forma genérica, a saber:

“[...] Por su parte, los importes de las contrataciones a efectuar por la Diputación foral de Álava y su respaldo presupuestario serán los siguientes:

1.- Redacción del Proyecto ejecutivo de obras de puesta en seguridad, consolidación, acondicionamiento para el uso público y ecoturístico de la Mina Lucia, en el municipio de Arraia-Maeztu, con cargo a la partida del estado de gastos del Presupuesto de la D.F.A. para el ejercicio 2020 la “1.60.2.05.63.00.621.01.03 Restauración ambiental paisajes mineros de Asfaltos Naturales de la Montaña Alavesa”, por importe de 104.850 €.

*2.- Redacción de **otros proyectos de intervención y ejecución** de obras de acondicionamiento y restauración ambiental de los paisajes mineros de Asfaltos Naturales de la Montaña Alavesa, así como las asistencias técnicas en la dirección e inspección de las obras **que se considerasen necesarias**, por importe de 867.150 €, con cargo a la partida del estado de gastos del Presupuesto de la D.F.A. para el ejercicio 2020 la “1.60.2.05.63.00.621.01.04 Restauración ambiental paisajes mineros de Asfaltos Naturales de la Montaña Alavesa”, con la siguiente distribución por anualidades:*

Se trata de actuaciones que se desconoce si pretenden englobar las cinco fases a que se refiere el propio convenio, lo cual debiera figurar. Tal falta de claridad y concreción, contraviene lo dispuesto en el apartado c) del artículo 49 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, por lo que debe articularse de forma que las actuaciones a realizar por cada sujeto público

indicando, en su caso, la titularidad de los resultados obtenidos, no deje lugar a dudas o interpretaciones que perjudiquen el fin común perseguido.

Atendiendo a la memoria técnica que consta en el expediente, en especial, las actuaciones generales planteadas en el espacio natural de “Mina Lucia”, que incluyen la *“redacción del proyecto museístico para dotar al espacio minero acondicionado de un uso didáctico y ecoturístico, permitiendo acoger visitas y dar a conocer el escenario de una minería del asfalto casi artesanal, en una época pre-industrial”*, es de destacar que nada se prevea respecto a las afecciones patrimoniales que de tal actividad puedan derivarse. En atención a ello, se recuerda que, desde la perspectiva patrimonial, deberán respetarse las previsiones contenidas en el Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, de aprobación del Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Euskadi.

A más abundamiento, debe señalarse que, siendo evidente que en desarrollo de lo previsto en el Convenio, se va a proceder a la contratación de obras y servicios, tal concreción resulta de especial interés en atención a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, que señala lo siguiente:

Artículo 31. Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal.

1. Las entidades pertenecientes al sector público podrán cooperar entre sí de alguna de las siguientes formas, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual:

[...]

b) Mediante sistemas de cooperación horizontal entre entidades pertenecientes al sector público, previa celebración de los correspondientes convenios, en las condiciones y con los límites que se establecen en el apartado 1 del artículo 6.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, las entidades pertenecientes al sector público podrán en todo caso, acordar la realización conjunta de contrataciones específicas.

3. Cuando un procedimiento de contratación se desarrolle en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de varias entidades, estas tendrán la responsabilidad conjunta del cumplimiento de sus obligaciones. Ello se aplicará también en aquellos casos en que una sola entidad administre el procedimiento, por cuenta propia y por cuenta de las demás entidades interesadas.

Quando un procedimiento de contratación no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de las entidades interesadas, estas solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente. Cada entidad será única responsable del cumplimiento de sus obligaciones con respecto a las partes que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia”.

Conforme se deriva de la cláusula tercera del Convenio, la Diputación Foral será el órgano de contratación, por lo es primordial que las actuaciones que deban llevarse a cabo, conforme a las obligaciones y compromisos adquiridos, se detallen con claridad. Ello al objeto de descartar que nos hallemos ante la asunción de compromisos de contratación conjunta o compromisos que puedan derivar en la asunción de responsabilidades no pretendidas con la suscripción del Convenio.

La cláusula cuarta del convenio se refiere a las bajas en la licitación, en el siguiente sentido:

CUARTA. Bajas en la licitación:

*Las bajas, si las hubiere, motivadas por el proceso de licitación **no afectarán los recursos absolutos de las aportaciones señaladas en la Cláusula Segunda, pues se destinarían en su integridad a sufragar gastos derivados de obras y proyectos complementarios o adicionales, previo acuerdo de las Administraciones suscribientes.** No obstante, si a pesar de lo señalado en el párrafo anterior resultaren bajas no ejecutables, se minorará las aportaciones de los agentes financieros según la proporción señalada en la Cláusula Segunda.*

Tal previsión dificulta el control y seguimiento de las actuaciones contempladas en el convenio, además de contravenir la finalidad pretendida en el apartado 6 del artículo 48 de la Ley

40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, al señalar que *“Las aportaciones financieras que se comprometan a realizar los firmantes no podrán ser superiores a los gastos derivados de la ejecución del convenio”*.

Asimismo, no resulta congruente con lo señalado en la cláusula quinta del convenio, que al referirse a las transferencias de capital de la Dirección de Energía, Minas y Administración Industrial de la Administración General de la Comunidad Autónoma a favor de la Diputación Foral de Álava, contempla que estas se realizaran *“contra presentación de la documentación justificativa de las adjudicaciones de obra de los proyectos a que se refiere el objeto del presente convenio y de los gastos a realizar en cumplimiento de los objetivos del presente convenio”*.

Adjudicaciones que, lógicamente, se realizarán por los importes que resulten tras la baja aplicada por la adjudicataria del contrato. Es por ello, que la repercusión que dicha baja pueda suponer, un precio de adjudicación inferior al presupuesto base de licitación, no debiera afectar al modo en que se articula el compromiso de financiación adquirido conforme a la cláusula segunda y quinta del convenio.

En cualquier caso, debe señalarse que resulta más acorde a los principios generales, entre otros, el principio de responsabilidad por la gestión pública y eficiencia en la utilización de los recursos públicos, que la transferencia de los importes a cuya financiación se ha comprometido la Administración General de la Comunidad Autónoma, se realice en atención a los hitos que acrediten la efectiva ejecución de las actuaciones contratadas por el órgano foral. Proceder este, que no es congruente con las previsiones contenidas en el sentido de vincular las transferencias a la adjudicación de los contratos, o realizar pagos adelantados de determinadas cantidades.

Debe tenerse en cuenta, tal y como señala el apartado cuarto del artículo 48 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que la gestión, justificación y resto de actuaciones relacionadas con los gastos derivados de los convenios que incluyan compromisos financieros para la Administración Pública, deben ajustarse a la legislación presupuestaria. En atención a ello, nos remitimos a las conclusiones que pueda alcanzar la Oficina de Control Económico respecto a la repercusión presupuestaria de los compromisos económicos que se asumen.

La cláusula sexta del convenio se refiere a la comisión de seguimiento para la determinación de las actuaciones a implementar, así como para la gestión, inspección y control de

los trabajos. Se introduce así un el mecanismo de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos, conforme a lo dispuesto en el apartado f) del artículo 49 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público.

Por su parte, las cláusulas séptima, octava y novena se refieren al régimen de vigencia, prórroga, modificación y extinción del convenio. Plazo de vigencia que se estipula con respeto a las reglas previstas en el apartado h) del artículo 49 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. La extinción, por su parte, que puede producirse por el incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por alguna de las partes, conllevará, en todo caso, la liquidación del convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Si bien se contempla que la comisión de seguimiento puede acordar la extinción del Convenio en los supuestos previstos en el mismo, como es el incumplimiento, se observa que, independientemente de las reglas aplicables a la liquidación del convenio, no se han previsto de forma expresa las *“Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por incumplimiento.”* Previsión esta a que se refiere el apartado e) del artículo 49 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Con respecto a la cláusula décima, que se remite a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones litigiosas si no fuera posible su resolución por la Comisión de Seguimiento, debe señalarse que ello es conforme a la naturaleza administrativa del convenio.

III. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, sin perjuicio de las observaciones efectuadas, se informa favorablemente el proyecto de Convenio.

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