

Expediente: 3/2016

Objeto: Resolución de concesión administrativa solicitada por el Ayuntamiento del Valle de Ultzama

Dictamen: 20/2016, de 28 de abril

DICTAMEN

En Pamplona, a 28 de abril de 2016,

el Consejo de Navarra, integrado por don Eugenio Simón Acosta, Presidente, don Alfredo Irujo Andueza, Consejero-Secretario, doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Iruretagoyena Aldaz y doña Socorro Sotés Ruiz, Consejeros y Consejeras,

siendo ponente don José Iruretagoyena Aldaz,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Consulta

El día 15 de febrero de 2016 tuvo entrada en este Consejo escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1, en relación con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre el expediente de resolución de concesión administrativa solicitado por el Ayuntamiento del Valle de Ultzama.

Se acompaña a la consulta el expediente administrativo tramitado por el Ayuntamiento del Valle de Ultzama para la resolución de la concesión de la obra pública y posterior explotación de la planta de producción de gas y electricidad con base en purín ganadero ubicada en la parcela... subparcela..., del polígono... de Iraizotz, Ultzama, y de cinco fosas de

almacenamiento de purines digeridos ubicadas en los Concejos de Iraizotz, Gorrontz-Olano, Suarbe, Auza y Orokieta, incluyendo la propuesta de resolución de la concesión cuyo dictamen se solicita y que fue adoptada por acuerdo del pleno del Ayuntamiento del Valle de Ultzama en sesión celebrada el 4 de febrero de 2016, así como documentación complementaria aportada con fecha 14 de abril de 2016 a requerimiento de este Consejo de Navarra.

I.2ª. Antecedentes de hecho

De la documentación remitida a este Consejo resultan los siguientes hechos relevantes:

Primero.- El Pleno del Ayuntamiento del Valle de Ultzama en sesión celebrada el 8 de octubre de 2008 aprobó el expediente de contratación de la “Concesión de la obra pública y posterior explotación de la nueva planta de producción de electricidad con base en purín ganadero ubicada en la parcela..., subparcela..., del polígono... de Iraizotz, Ultzama, y de cinco fosas de almacenamiento de purines digeridos ubicadas en los Concejos de Iraizotz, Gorrontz-Olano, Suarbe, Auza y Eltso-Urrizola, (en lo sucesivo, la concesión).

Del Pliego de condiciones económico-administrativas, destacamos los siguientes aspectos de interés:

- Las obras se debían realizar conforme al proyecto elaborado por la ingeniería “...” denominado “Planta Mancomunada de Digestión de purines para generación de biogás y electricidad en Ultzama”, con las condiciones establecidas en las licencias de actividad y obra y en los informes que determinaron su otorgamiento, así como con sujeción a lo establecido en la documentación que sirvió de base a las subvenciones concedidas por los Departamentos de Innovación, Empresa y Empleo, y Desarrollo Rural y Medio Ambiente.
- El objeto del expediente, según se deriva de lo establecido en el Pliego, era “asegurar la recogida y tratamiento de los purines

procedentes del Área contemplada en el Proyecto de Ejecución de la Planta”, estando obligado el concesionario a la recogida del cien por cien del purín procedente de las explotaciones ganaderas de dicha área y, durante toda la vigencia de la concesión, “el adjudicatario deberá proveer a las explotaciones ganaderas pertenecientes a este Área del producto digerido resultante en la cantidad que las mismas necesiten”.

- La concesión administrativa se otorgaba por un plazo de 30 años prorrogable hasta cincuenta años.
- El Pliego de condiciones económico-administrativas establecía la participación de los Ayuntamientos de Ultzama, Basaburua y Odieta en la sociedad concesionaria designando “un delegado” en el Consejo de Administración con voz y voto.
- Respecto a la financiación de la construcción de la obra pública, el Pliego, en su apartado 5, establecía que las obras públicas objeto de la concesión serían financiadas parcialmente por el concesionario, que en todo caso asumiría el riesgo en función de la inversión realizada, y los Ayuntamientos contribuirían a la financiación en “la cantidad a que asciendan las ayudas económicas que le sean concedidas por el Gobierno de Navarra y demás entidades públicas, comprometiéndose a tal efecto a buscar el mayor número de ayudas económicas posibles”.

Además, en el punto 6 del Pliego, se establecía que el Ayuntamiento de Ultzama cedería el uso de la parcela... como base física de las instalaciones “integrándose en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de la obra, que revertirá a la Administración en el momento de su extinción”.

- Por lo que se refiere al canon concesional, el Pliego establecía que el concesionario debería abonar anualmente en favor de los Ayuntamientos integrados un canon de 20.000 euros durante el primer año, 30.000 euros durante el segundo y 40.000 euros en los

sucesivos, canon que se actualizaría anualmente y, en lo referente a las retribuciones del concesionario, el Pliego le reconocía el derecho a percibir los rendimientos económicos derivados de la cogeneración y generación de gas y electricidad, así como a girar tarifas a los ganaderos por la recogida de purines y por el extendido del producto digerido.

Segundo.- Mediante acuerdo plenario de 5 de noviembre de 2008, el Ayuntamiento del Valle de Ultzama resuelve el procedimiento de contratación para la selección del concesionario designando como adjudicatario a la empresa..., y, ese mismo día, se procede a formalizar el contrato de concesión estableciéndose expresamente que el contrato se regirá por “lo previsto en las presentes Condiciones Regulatoras Económico-Administrativas, así como por la cláusulas del Contrato de Concesión de Obra Pública que se establecerá al efecto, y así mismo por los respectivos Pliegos de Cláusulas Técnicas y por el contenido de los indicados Proyectos. En lo no previsto en estos documentos será de aplicación la Ley Foral 6/1990, de Administración Local de Navarra, el Decreto Foral 280/1990 o Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Navarra, la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos y demás normativa aplicable”.

Tercero.- El 4 de febrero de 2009, el Ayuntamiento del Valle de Ultzama, a la vista de la solicitud formulada conjuntamente por las mercantiles... y ..., considerando lo establecido por la cláusula 17 del Pliego de condiciones de la concesión y el artículo 111 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante, LFCP), acreditada la solvencia técnica y económica de la solicitante que, a su vez, estaba participada en un 27 por 100 por la empresa cedente, autorizó la cesión de la concesión en favor de la mercantil..., entidad que se subrogaba en todos los derechos y obligaciones que correspondían a la cedente, procediéndose a formalizar acto seguido el nuevo contrato concesional.

Cuarto.- Mediante acuerdo plenario del Ayuntamiento del Valle de Ultzama de 7 de abril de 2010 se ratificó la Resolución de la Alcaldía nº

55/2010, de 11 de marzo, autorizando a la empresa... para poder hipotecar el derecho de la concesión, indicando que el derecho se otorgaba con sujeción al contenido del expediente administrativo de contratación y que, en caso de que se ejecutase el derecho de hipoteca, el nuevo concesionario quedaría subrogado en los derechos y obligaciones del concesionario actual.

Quinto.- La concesión se vino desarrollando con cierta normalidad hasta el mes de abril de 2014 momento en que la empresa concesionaria, vista la situación económica por la que atravesaba, al parecer debido a los perjuicios derivados por los cambios de regulación del sistema retributivo de la producción de energía eléctrica en régimen especial, instó concurso voluntario de acreedores que fue formalmente declarado como tal en el Procedimiento Ordinario 182/2014, mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona, de fecha 23 de abril de 2014, procediéndose a la designación del administrador concursal.

Posteriormente, mediante escrito de 29 de septiembre de 2014, la representación procesal de..., solicitó del Juzgado la apertura de la fase de liquidación, que fue acordada mediante Auto de 9 de octubre de 2014, conllevando el cese de los administradores sociales y el requerimiento a la administración concursal para la presentación de un plan para la realización de los bienes y derechos.

En este contexto, la administración concursal, con fecha 31 de octubre de 2014, solicitó del Juzgado de lo Mercantil que se decretase el cese de la actividad de la empresa para el día 30 de noviembre, proponiendo cesar en la recogida de purines desde el 5 de noviembre de 2014, extremo del que cursó notificación a los Ayuntamientos afectados, a los ganaderos y al personal de la propia empresa.

Sexto.- El Pleno del Ayuntamiento del Valle de Ultzama, el día 4 de noviembre de 2014, analizó el escrito remitido por la concesionaria informando que a partir del 5 de noviembre de 2014 cesaría en la recogida de purines, así como el informe técnico-económico realizado por la empresa... en el que se concluía afirmando que adoptando una serie de medidas la planta de generación de electricidad sería rentable.

En la misma sesión teniendo en consideración el informe jurídico encargado por el Ayuntamiento al letrado don..., de fecha 3 de noviembre de 2014, en el que, tras analizar la situación jurídica y las posibilidades de acción municipal, consideraba que con independencia de que concurriese causa para la resolución de la concesión por incumplimiento del contratista de sus obligaciones esenciales también era posible optar por la vía del secuestro o intervención de la concesión si por parte del Ayuntamiento se consideraba que el servicio y la concesión pudiera ser rentable, considerando que la paralización de la actividad sería gravemente perjudicial para las explotaciones ganaderas afectadas por el cese de la recogida de purines y que ello perjudicaría en mayor medida las decisiones sobre futura viabilidad de la planta y del servicio.

A la vista de todo ello acordó el secuestro de la concesión por incumplimiento de las obligaciones del concesionario con efectos del día 10 de noviembre de 2014 por un tiempo de tres meses, siendo su duración máxima de tres años, sin perjuicio de que el concesionario pudiera solicitar, y el Ayuntamiento acordar, el cese del secuestro en cualquier momento, si se justificaba estar en condiciones de proseguir la gestión normal del servicio, precisando que, entre tanto, la explotación del servicio objeto de secuestro se efectuaría por cuenta y riesgo del concesionario.

El citado acuerdo, además, designaba a la persona que sustituiría a los directivos de la concesionaria en la gestión del servicio y al concejal que, en nombre del Ayuntamiento, realizaría la supervisión de la gestión de la planta y de la cuenta bancaria de ingresos y gastos.

Por último, el acuerdo de 4 de noviembre de 2014 concedía trámite de audiencia a la concesionaria y se notificaba, a los efectos oportunos, a las entidades financieras... y ..., como titulares de créditos hipotecarios otorgados a la concesionaria y al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona, al Registro de la Propiedad nº 8 y al Registro Mercantil de Navarra.

Séptimo.- Ese mismo día 4 de noviembre de 2014, el administrador concursal presentó ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona el Plan

para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa de la concursada.

El administrador concursal valoraba los activos de la concursada en la cantidad de 4.778.427,51 €, de los que 4.555.202,09 se correspondían con el valor de las instalaciones de la concesión.

El plan proponía la enajenación de la planta con todas sus instalaciones y los derechos de la concesión administrativa mediante pública subasta, pero solicitaba autorización para su enajenación directa. Señalaba que al adquirente se le cedería el contrato de concesión conforme al artículo 111 de la LFCP, quien quedaría subrogado en la posición del concesionario. Si no fuera factible la venta como unidad productiva, se proponía la venta por partes pudiendo llegar incluso al “achatarramiento” si no fuera posible la venta. Terminaba señalando que en el caso de que la Administración procediera a la resolución de la concesión, se ejercitarían las acciones oportunas para recuperar el valor de las instalaciones del concursado.

El Ayuntamiento del Valle de Ultzama formuló alegaciones al plan de liquidación indicando que, dado que se había acordado el secuestro temporal de la concesión, el plan de liquidación debía quedar en suspenso, al menos, hasta que no hubiera resolución definitiva sobre el rescate.

Octavo.- El 10 de noviembre de 2014, en la planta de generación de gas y electricidad, con la comparecencia del Alcalde del Ayuntamiento del Valle de Ultzama y del interventor nombrado por el Ayuntamiento y de doña..., como administradora concursal de la concesionaria, en cumplimiento del anterior acuerdo municipal de 4 de noviembre de 2014, se procedió a intervenir las instalaciones y dependencias, adjuntado acta notarial otorgada por la Notaria doña... en la que se dejaba constancia del estado de las mismas, se adjuntaba igualmente reportaje fotográfico, informe denominado “Análisis de viabilidad técnica y económica para planta de Biogás de 500 kw de potencia eléctrica máxima de inyección en red de distribución eléctrica, ubicada en el T.M. de Ultzama”, así como documentación entregada por la administración concursal entre la que destacamos su escrito de manifestaciones en el que, entre otras cuestiones,

decía que, sin perjuicio de la posible impugnación del acuerdo plenario acordando el secuestro e intervención de la concesión, la administración concursal, era la única persona facultada para gravar, ceder o disponer de cualquier clase de bienes propiedad de la concursada, así como para aceptar, modificar o extinguir cualquier clase de derechos personales o reales que afectasen a la misma, indicando que el interventor designado por el Ayuntamiento no estaba facultado para aceptar deudas con cargo o en nombre de la concursada; en definitiva, “no estaba facultado para actuar en nombre de la concesionaria, atribuciones que corresponden única y exclusivamente a la Administración concursal..., por lo que se declina cualquier responsabilidad que pudiera derivarse del uso y explotación de la instalación cuya posesión se entrega en este acto, por lo que no se responsabiliza de ningún menoscabo o daño que pudieran sufrir las instalaciones”.

Noveno.- El 10 de diciembre de 2014, a petición del Ayuntamiento del Valle de Ultzama, la empresa... emite “informe pericial de daños en equipos e infraestructuras de la planta mancomunada de Biogás de 500 kw de potencia eléctrica máxima de inyección en red de distribución eléctrica” en el que se concluye señalando que “la planta se encuentra en un estado que podríamos considerar de abandono (...), de no realizarse ninguna actuación la planta es, a todas luces, inviable económicamente, entrando en fuertes pérdidas en el ejercicio de 2015 (...), los costes estimados para las actuaciones encaminadas al restablecimiento de las condiciones de la Planta Mancomunada de Biogás a origen, llevándola al estado de operación tras su puesta en producción es (...) de novecientos nueve mil doscientos diez euros (909.210,00 €). El buen funcionamiento de la planta implicaría un beneficio tanto económico como medioambiental en la comarca (...) implicando puestos de trabajo y sostenibilidad en la gestión del residuo ganadero que actualmente genera, además de proteger acuíferos, cauces y suelos de contaminación por parte de purines y otros sustratos que gestiona la planta, además de evitar la emisión libre a la atmósfera del metano que se genera de forma natural en las balsas de purines, con un potencial como agente de efecto invernadero muy superior al CO₂ que se produce en las unidades de coogeneración al valorizarlo energéticamente”.

Décimo.- En la sesión del Pleno del Ayuntamiento del Valle de Ultzama celebrada el día 23 de enero de 2015 se acordó la desestimación del recurso de reposición interpuesto por la administración concursal contra el acuerdo del 4 de noviembre de 2014, sobre secuestro de la concesión e, igualmente, se acordó “continuar con la medida de secuestro de la concesión por un nuevo plazo que finalizará el 9 de agosto de 2014”.

El secuestro de la concesión fue prorrogado posteriormente al persistir, a juicio del Ayuntamiento del Valle de Ultzama, las circunstancias que motivaron la adopción de tal decisión, mediante acuerdos plenarios de 6 de agosto, 3 de septiembre, 1 de octubre y 5 de noviembre de 2015, hasta que por acuerdo del mismo órgano de 25 de noviembre de 2015, teniendo en consideración los informes jurídicos del letrado don... y los informes emitidos por el Secretario municipal, “ya no se dan las circunstancias que motivaron tales acuerdos, siendo por tanto conveniente la finalización de dicha situación de secuestro, estando en cualquier caso acreditada la situación de liquidación de la empresa concesionaria, visto el resultado económico de la gestión de la planta que ha realizado el Ayuntamiento durante el periodo de secuestro, los informes de la Intervención-Gerencia y el cuadro de resultados económicos”, se acordó la finalización de la medida de secuestro de la concesión con efectos de 13 de enero de 2016 señalando que, a partir del 29 de diciembre de 2015, comenzarían las operaciones técnicas para el cese de la actividad de la planta de biogás y que una vez se contase con todos los datos económicos y con los informes jurídicos necesarios se procedería a aprobar la propuesta de liquidación económica a favor del Ayuntamiento por la gestión realizada durante el secuestro, así como la propuesta de imposición de penalidades que pudiera corresponder; propuesta de la que se daría traslado al concesionario para alegaciones, reparos u observaciones.

Undécimo.- Entre tanto, mediante Auto de 1 de septiembre de 2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona, se aprobó el plan de liquidación presentado por la administración concursal, señalando que “a él deberán atenerse las operaciones de liquidación de la masa activa, con las

modificaciones propuestas por el Ayuntamiento de Ultzama, por la concursada y por la Tesorería General de la Seguridad Social”.

Mediante escrito del administrador concursal de 27 de noviembre de 2015 se solicitó del Juzgado de lo Mercantil la modificación del plan de liquidación ante la persistencia de las prórrogas en el rescate temporal de la concesión, mediante la incorporación de una nueva cláusula que autorizase a la administración concursal a solicitar “la renuncia unilateral y resolución de la concesión administrativa, tal y como se estipula en el artículo 165.1.g) de la Ley Foral 6/2009 de 9 de junio de contratos públicos, con el fin de no generar más deudas contra la masa y favorecer los intereses del concurso, todo ello sin perjuicio de que la administración concursal ejercite las acciones que estime convenientes para recuperar el valor de las instalaciones”; modificación que fue finalmente aprobada mediante Auto de 19 de enero de 2016.

Duodécimo.- Mediante acuerdo del pleno del Ayuntamiento del Valle de Ultzama de 10 de diciembre de 2015, con apoyo en el informe jurídico del secretario municipal de 6 de septiembre de 2015 y del informe jurídico emitido por letrado señor..., de 20 de octubre de 2015, se aprobó inicialmente el expediente de resolución del contrato de concesión al que se refiere el presente dictamen, por considerar que concurrían las siguientes causas de resolución imputables a la concesionaria:

“Por motivo de abandono, renuncia unilateral, o incumplimiento de la concesionaria de sus obligaciones contractuales esenciales y el de los niveles mínimos de calidad del servicio.

Por motivo de la declaración de concurso o insolvencia en cualquier otro procedimiento”

En el apartado segundo del citado acuerdo municipal se establecía que:

“En lo que respecta a los **ACTIVOS** ligados al contrato de concesión administrativa..., se determina su **CESIÓN** a favor de la empresa concesionaria... y en consecuencia la determinación de que no procede compensación alguna a favor de dicha empresa concesionaria por motivo de las inversiones realizadas en dichos activos”

Por su parte, el apartado tercero del acuerdo plenario señalaba que en el plazo máximo de seis meses se dictaría un acuerdo de valoración de la cantidad económica que, en su caso, procediese reclamar a la concesionaria por los daños y perjuicios ocasionados al Ayuntamiento por causa del incumplimiento culpable del contrato, liquidación de la reclamación que debería contar previamente con los informes técnicos periciales necesarios y de la que, con carácter previo a su aprobación, se debería dar audiencia a la concesionaria y a las entidades titulares de créditos hipotecarios sobre la concesión.

Decimotercero.- En el trámite de audiencia formularon alegaciones la administración concursal, la entidad... (...) y ..., limitándose... a solicitar ampliación del plazo de diez días concedido para formular alegaciones al considerarlo insuficiente para el estudio de la propuesta de resolución contractual.

Por lo que se refiere a la administración concursal se formularon dos escritos, uno dentro del plazo concedido y otro posterior, una vez vencido el plazo de diez días. En su primer escrito, la administración concursal sin oponerse al acuerdo de resolución de la concesión, cuestionaba la adecuación del apartado segundo del acuerdo de inicio del expediente de resolución que determinaba la cesión de los activos ligados a la concesión a la mercantil..., sin que, por tanto, procediera reconocer compensación económica alguna. Consideraba que existía una contradicción entre el contenido del artículo 166 de la LFCP que establece que “en los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión...”, y lo establecido en la cláusula 23ª REVERSIÓN DE LAS INSTALACIONES Y BIENES, cuando precisa que: “Extinguida la concesión, cualquiera que sea su causa, revertirán a la Administración concedente gratuitamente la totalidad de los medios materiales, obras, instalaciones...”; pero que de tal contradicción no podía el Ayuntamiento adoptar un acuerdo en contra de lo establecido por la LFCP.

En el segundo escrito de 19 de enero de 2016, la administración concursal consideraba que el Ayuntamiento del Valle de Ultzama debía “haber acordado la resolución de la concesión en noviembre de 2014, que la decisión del secuestro no fue motivada por entender que la actividad fuera económicamente viable, sino por la conveniencia de mantener abierta la planta de purines para no incumplir los plazos mínimos establecidos en las bases de las subvenciones públicas recibidas por el Ayuntamiento y no tener que devolverlas”, y terminaba indicando su voluntad de “resolver y extinguir unilateralmente el contrato de concesión de la obra pública y explotación de la planta de producción de electricidad con base en purín ganadero, sin perjuicio de la compensación que legalmente le corresponda”.

Por parte de... y... se presentó una alegación conjunta en la que se consideraba que el acuerdo municipal de inicio del expediente de resolución contractual era contrario al artículo 166 LFCP ya que en ningún caso contemplaba la cesión de los bienes que integraban la concesión, sino únicamente el abono de su importe teniendo en cuenta el grado de amortización en función del tiempo que restase para el término de la concesión, añadiendo que el acuerdo no concretaba qué entendía por cesión, ni qué precepto de la legislación de régimen local amparaba esa transmisión.

Decimocuarto.- El 28 de enero de 2016 el Secretario municipal y el 1 de febrero el letrado don... emiten sendos informes jurídicos analizando las alegaciones formuladas al acuerdo de aprobación inicial del expediente de resolución contractual.

El informe del Secretario municipal ponía de manifiesto que la empresa concesionaria no cuestionaba la procedencia y legalidad del apartado primero del acuerdo referente a la procedencia de la resolución contractual, ni que la resolución viniera motivada por una causa del todo imputable a la empresa concesionaria sin que mediase causa o motivo que pudiera achacarse a la Administración concedente. Con cita de los artículos 124.3 y 166.4 de la LFCP estimaba que el Ayuntamiento se encontraba facultado para reclamar a la concesionaria la satisfacción de los daños y perjuicios

sufridos a consecuencia del incumplimiento culpable que motivaba la resolución. Por lo que respecta a la cesión de las instalaciones sin contraprestación, el informe del Secretario, con referencia a los informes emitidos por la empresa..., Intervención-Gerencia de la planta durante el secuestro e incluso al “plan de liquidación de los bienes y derechos del deudor” elaborado por la administración concursal, consideraba que el estado de la planta no permitía continuar la actividad con garantías, que se necesitaban unas inversiones muy importantes para continuar con el modelo de negocio y aun así, el incorrecto diseño de la planta y la total dependencia de tecnología que presentaba continuas averías, hacían que la planta no cumpliera las expectativas del contrato de concesión ya que en el presente momento de nada servían. Por ello, en tales circunstancias, consideraba que no cabía exigir al Ayuntamiento de Ultzama que se quedase con los activos ya que los mismos, “en el estado en el que están, no tienen valor y no son susceptibles de prestar el servicio de recogida de purín ganadero de las explotaciones de Ultzama, Basaburua y Odieta, y que en definitiva no cumplen con las condiciones pactadas en el contrato de concesión”.

Por lo que se refiere a la invocación por los alegantes del artículo 164 de la LFCP, pretendiendo entender que de él se deriva una obligación municipal en vez de un derecho es, a juicio del informe municipal, una interpretación equivocada, ya que lo que realmente otorga el precepto es un derecho o facultad en favor de la Administración concedente y, respecto al artículo 166 de la LFCP, el Secretario entiende que no es de aplicación al caso concreto ya que ese precepto se refiere a la existencia de activos que tuvieran un cierto valor para la Administración, cosa que no ocurre en el presente supuesto en el que las instalaciones no sirven para prestar el servicio.

El informe jurídico del letrado, realizado a instancias del Ayuntamiento del Valle de Ultzama, coincide con el informe de la secretaria municipal al señalar que en el estado en el que se encuentran las instalaciones no cabe exigir del Ayuntamiento que se quede con los activos ya que carecen de valor y no son susceptibles de prestar el servicio de recogida y tratamiento del purín ganadero. Además, y en relación con la aplicabilidad del artículo

166.1 de la LFCP, dice que en la normativa foral, a diferencia de lo que sucede en la Ley de Contratos del Sector Público estatal (artículo 271), no se diferencia entre causas de resolución imputables a la Administración y al contratista, entendiendo que la aplicabilidad de lo establecido en el apartado 1 del artículo 166 de la LFCP está limitada a los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, lo que aquí no sucede.

Decimoquinto.- Finalmente, el Pleno del Ayuntamiento del Valle de Ultzama, mediante acuerdo de 4 de febrero de 2016, adoptado con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación, desestimó las alegaciones formuladas y aprobó la propuesta de resolución del contrato de concesión de obra pública y explotación de planta de producción de gas y electricidad, determinando como causa de la misma la actuación culpable de... “por motivo del abandono unilateral o incumplimiento de la concesionaria de sus obligaciones contractuales esenciales y de los niveles mínimos de calidad del servicio y por el motivo de declaración de concurso o insolvencia en cualquier procedimiento” precisando que, en lo que respecta a los activos ligados a la concesión administrativa, “se determina su cesión a favor de la empresa concesionaria... y en consecuencia la determinación de que no procede compensación alguna en favor de dicha empresa concesionaria por motivo de las inversiones realizadas en dichos activos”.

Por último, al amparo del contenido del artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se acordaba “remitir el expediente y solicitar del Consejo de Navarra la emisión de dictamen previo a la aprobación definitiva del expediente de acuerdo con la propuesta anteriormente señalada”.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen.

La presente consulta, formulada por el Ayuntamiento del Valle de Ultzama a través de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra,

somete a dictamen de este Consejo de Navarra la propuesta de resolución del contrato de concesión de la obra pública y posterior explotación de la Planta de producción de gas y electricidad con base en purín ganadero ubicada en la parcela..., subparcela..., del polígono... de Iraizotz, Ultzama y de cinco fosas de almacenamiento de purines digeridos ubicadas en los Concejos de Iraizotz, Gorrontz-Olano, Suarbe, Auza y Orokieta, aprobada mediante acuerdo del pleno del Ayuntamiento del Valle de Ultzama de 4 de febrero de 2016.

El artículo 16.1.i) de la LFCN establece el dictamen preceptivo del Consejo de Navarra en materia de resolución de contratos administrativos exclusivamente en los expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, por lo que el anclaje del presente dictamen debe venir amparado en el artículo 16.1.j) de la meritada LFCN que amplía la intervención del Consejo a cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra.

La LFCP, en la redacción dada por la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, vigente en el momento de la formalización del contrato y de aplicación al presente expediente de contratación, conforme a lo establecido por la disposición transitoria segunda de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, establecía en su artículo 124.2.e), a la hora de regular el procedimiento de resolución contractual, la emisión de dictamen del Consejo de Navarra, cuando sea preceptivo, de acuerdo con su legislación específica.

Por su parte, el artículo 211.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al igual que el artículo 109.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en este punto vigente, establece la necesidad de emisión de dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo en los supuestos, entre otros, de resolución contractual con oposición del contratista.

Como ya dijimos en nuestro dictamen 51/2001, siguiendo doctrina del Consejo de Estado, la oposición del contratista ha de apreciarse cuando

expresare su contradicción en el procedimiento de resolución contractual, tanto respecto de la resolución misma como de sus efectos. En el presente caso concurre tal exigencia ya que, aun cuando no existe oposición con la resolución, si existe discrepancia y oposición con las consecuencias económicas y las condiciones en las que el Ayuntamiento del Valle de Ultzama pretende acordar la resolución definitiva de la concesión.

Por lo tanto, en el presente caso, al existir expresa oposición del contratista a las condiciones de la resolución pretendida por la Administración, el Consejo de Navarra emite dictamen con carácter preceptivo.

II.2ª. Tramitación del expediente

El procedimiento de resolución contractual se ha tramitado por el Ayuntamiento del Valle de Ultzama ajustándose a las determinaciones establecidas por el artículo 124.2 de la LFCP, en la redacción dada por la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, aplicable al presente procedimiento en virtud de lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero, precepto que, al igual que establece el artículo 109.1 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, exige la audiencia del contratista y de los avalistas cuando se proponga o pueda derivarse la incautación de la fianza, así como el informe de los servicios jurídicos del órgano de contratación, requisitos debidamente cumplidos en el presente expediente tal y como se deriva de la precedente relación fáctica.

Igualmente, se ha facilitado a este Consejo de Navarra el expediente administrativo en el que se contiene la documentación expresiva de las circunstancias relativas a la adjudicación y formalización del contrato, a su ejecución y a los motivos y causas que determinan la tramitación del expediente de resolución contractual y a las posiciones y argumentaciones que al respecto mantienen la Administración contratante, el concesionario a través de la administración concursal y los acreedores hipotecarios y avalistas.

Por último, se ha remitido la propuesta de resolución del contrato de concesión aprobada por el Ayuntamiento del Valle de Ultzama para que este Consejo emita dictamen preceptivo sobre la misma.

En consecuencia, se ha dado debido cumplimiento al procedimiento administrativo a seguir para acordar la resolución del contrato de referencia.

II.3ª. El marco jurídico de aplicación

En virtud de su régimen foral, corresponde a Navarra la competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia [artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra].

Por razón del ente contratante y del objeto del contrato, resulta aplicable al caso la legislación foral de régimen local en materia de contratación administrativa, constituida principalmente por los artículos 224 a 232 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local de Navarra (en lo sucesivo, LFALN), en la redacción dada por la Ley Foral 1/2007, de 14 de febrero y en su versión anterior a las modificaciones introducidas por la Ley Foral 4/2013, de 25 de febrero, conforme resulta de la aplicación de la disposición transitoria de esta ley foral. En lo que ahora interesa, “los contratos que celebren las entidades locales de Navarra se ajustarán al régimen legal aplicable a las Administraciones Públicas de Navarra, con las especialidades que se contienen en esta Ley Foral” (artículo 224.1 LFALN), ostentando el órgano local competente la prerrogativa de resolución de los contratos administrativos dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la Ley (artículo 227.2 LFALN). La misma conclusión se desprende del artículo 2.1.c) de la LFCP que somete a las disposiciones de dicha ley foral a las Entidades Locales de Navarra y sus Organismos Autónomos con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local. En consecuencia, lo expuesto nos lleva a la aplicación de la LFCP en la versión vigente con anterioridad a la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero.

Igualmente es de aplicación la LFALN en materia de regulación del régimen jurídico de los bienes de dominio público de las entidades locales y el Decreto Foral 280/1990, de 18 de octubre, que aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Navarra (en lo sucesivo, RBELN).

II.4ª. Sobre la resolución del contrato

a) El contrato objeto de resolución como contrato de concesión de obra pública

Tal y como se deriva de la propia denominación del contrato analizado, nos encontramos en presencia de una relación contractual cuyo objeto principal es la construcción y explotación, durante un plazo de 30 años prorrogable hasta 50, de una planta de gestión de purín ganadero para la producción de gas y electricidad, así como de cinco fosas de almacenamiento de purines y que, como prestación a ella vinculada, conlleva la obligación del contratista de la recogida de los purines de las instalaciones ganaderas situadas en el ámbito territorial al que se refiere el servicio.

El Pliego de condiciones económico-administrativas que regula el contrato, con suficiente claridad y precisión, establece en su cláusula 1ª (Naturaleza y objeto) que el objeto de esta concesión es la construcción y explotación de las obras que “se efectuará a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos en el presente Pliego y en la Ley 6/2006, de Contratos Públicos, lo que es en todo compatible con el sistema de financiación de las obras y con las aportaciones a que se obliga la Administración concedente”.

Las obras a realizar por el concesionario debían ser las recogidas en el proyecto de “Planta Mancomunada de Digestión de Purines para generación de biogás y electricidad en Ultzama”, en las condiciones que se derivasen de la documentación (memoria, plano de viabilidad, etc.) presentada por el Ayuntamiento de Ultzama para obtener subvenciones de la Administración

de la Comunidad Foral y de las condiciones establecidas en la concesión de las licencias de actividad y de obra.

El presupuesto de ejecución por contrato de la planta ascendía a la cantidad de 4.883.012,53 euros, IVA incluido. Por lo que a su financiación se refiere, la cláusula 5ª del Pliego de Condiciones establecía que: “Debido a razones de rentabilidad económica debidamente detalladas en el previo estudio de viabilidad elaborado con ocasión de la concesión, los Ayuntamientos de la Ultzama, Basaburua y Odieta, en los términos contenidos en el convenio suscrito al efecto entre ellos, contribuirán a la financiación de la construcción de la obra pública en aquella cantidad a la que asciendan las ayudas económicas que le sean concedidas por el Gobierno de Navarra y demás entidades públicas, comprometiéndose a tal efecto a buscar el mayor número de ayudas”. El concesionario debía contribuir a la financiación de la construcción de la obra pública en la cantidad restante hasta cubrir el coste total asumiendo, en todo caso, el riesgo en función de la inversión realizada. Además (cláusula 6ª), el Ayuntamiento de Ultzama cedía la parcela en la que se debía construir la planta, precisando que tales bienes “se integrarán en el patrimonio afecto a la concesión, destinándose al uso previsto en el proyecto de obras, y revertirán a la Administración en el momento de su extinción”. Al concesionario, como retribución por la explotación de la obra pública (cláusula 8ª del Pliego de Condiciones), se le reconocía el derecho a percibir unas tarifas por la recogida de purines a los ganaderos y el beneficio derivado de la cogeneración y generación de gas y electricidad.

El contrato de concesión de obras públicas se incorporó al ordenamiento jurídico nacional, como contrato típico, mediante la Ley 13/2003, de 23 de mayo y, posteriormente, al ordenamiento jurídico de la Comunidad Foral de Navarra, con la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

La Exposición de Motivos de la Ley estatal señala cuatro notas que caracterizan a la figura de la concesión y que son:

- “Obra pública” como realidad tangible que admite la posibilidad de explotación económica y es susceptible de constituirse en soporte instrumental para la ejecución de actividades y servicios de interés público.
- “Riesgo económico”: asumiendo las exigencias de la doctrina y las conclusiones de la Comisión Europea, la asunción del riesgo en “proporción sustancial” por el concesionario resulta determinante para que el contrato pueda calificarse como de concesión, sin que por ello se convierta el contrato en aleatorio, lo que impone moderar adecuadamente los límites del riesgo.
- “Equilibrio económico de la concesión”, la regulación incorpora la revisión por las variaciones que se produzcan en los rendimientos derivados de la utilización de la obra, constituyendo una de las opciones capitales que inspiran la nueva regulación de la concesión de obras públicas en sintonía con la naturaleza y finalidad de la institución y la ponderada distribución del riesgo.
- “Diversificación de la financiación”, a fin de hacerla más atractiva al capital privado, la concesión como bien jurídico se integra en el tráfico mercantil pudiendo ser objeto de cesión e hipoteca “la presencia del capital privado se asegura mediante un sólido repertorio de garantías para los posibles acreedores hipotecarios y poseedores de títulos”.

Por su parte, la exposición de motivos de la LFCP en relación con esta figura contractual establece que: “En la regulación de los diferentes contratos administrativos se ha mantenido lo principal de la regulación de la Ley Foral 10/1998, incorporando la regulación de la concesión de obras públicas, inspirada en la regulación recogida en la normativa del Estado, y la de la concesión de servicios, contrato que se define en relación con la concesión de obras públicas dadas las similitudes que se aprecian entre ambos (...) Por otra parte, la incorporación de la figura de la concesión de servicios conlleva la desaparición del denominado contrato de gestión de servicios públicos al repartirse su objeto entre el contrato de asistencia y la concesión de

servicios. Por tanto, de acuerdo con la normativa comunitaria europea, la prestación de servicios a la colectividad a través de un empresario únicamente podrá adoptar, por un lado, la forma de contrato de asistencia cuando el empresario perciba su retribución de la entidad pública, de acuerdo con las prestaciones que realice y, por otro, la de concesión, cuando el empresario perciba su retribución de los usuarios al menos en una parte, incluyendo formas de retribución similares al denominado «peaje en la sombra»”

b) La regulación del contrato de concesión de obra pública en la LFCP

Para la adecuada emisión del presente dictamen resulta preciso analizar la regulación que la LFCP establece respecto al contrato de concesión de obras públicas en aquellos puntos de especial incidencia en el objeto de la cuestión suscitada.

El artículo 140 de la LFCP define esta modalidad contractual en los siguientes términos:

“1. La construcción y explotación de obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecido en esta Ley Foral, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración que, en ningún caso, podrán exceder del 50 por 100 del valor estimado del contrato”

Por lo que se refiere al contenido del contrato de concesión de obras públicas, el artículo 141, establece que:

“1. El contrato de concesión de obras públicas comprenderá necesariamente durante todo el término de vigencia de la concesión:

a) La explotación de las obras públicas conforme a su propia naturaleza y finalidad.

b) La conservación de las obras.

c) La adecuación, reforma y modernización de las obras para adaptarlas a las características técnicas y funcionales requeridas para

la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que aquéllas sirven de soporte material.

d) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que ellas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

2. El pliego de cláusulas administrativas particulares podrá exigir que el concesionario esté obligado a proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean.

3. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

El artículo 144 regula la financiación de las obras públicas construidas mediante contrato de concesión en los siguientes términos:

“1. Las obras públicas objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada.

2. El concesionario podrá recurrir a la financiación privada para hacer frente a sus obligaciones contractuales pudiendo obtenerla mediante la contratación de préstamos o créditos con entidades de crédito de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente. Dichos contratos deberán ser comunicados al órgano de contratación en el plazo de un mes desde su suscripción.

Asimismo, el concesionario podrá recurrir a otros medios de financiación privada previa autorización del órgano de contratación.

3. Cuando existan razones de rentabilidad económica o social o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario.

4. La construcción de la obra pública objeto de concesión podrá asimismo ser financiada con aportaciones de otras Administraciones

públicas distintas a la concedente, en los términos que se contengan en el correspondiente convenio, y con la financiación que pueda provenir de otros organismos nacionales o internacionales”.

Los artículos 153 y 154 regulan respectivamente los derechos y obligaciones del concesionario y el artículo 155 se encarga de regular el uso y conservación que el concesionario debe dar a la obra precisando que, en el pliego de cláusulas administrativas particulares, la Administración deberá incluir mecanismos para medir la calidad del servicio. Tras regular en los artículos 156 a 158, respectivamente, la retribución del concesionario, el principio de mantenimiento del equilibrio económico y las penalidades por incumplimientos del concesionario, en los artículos 159 a 163 se regulan los derechos y obligaciones de la Administración y, en los artículos 164 a 166, ambos inclusive, se regula la extinción de la concesión, sus efectos y consecuencias, en los siguientes términos:

El artículo 164.1, efectos de la extinción de la concesión, dice que:

“1. El concesionario quedará obligado a hacer entrega a la Administración concedente, en buen estado de conservación y uso, de las obras incluidas en la concesión, así como de los bienes e instalaciones necesarios para su explotación de acuerdo con lo establecido en el contrato, todo lo cual quedará reflejado en el acta de recepción.

Por su parte, el artículo 165 regula las causas de resolución de la concesión y el artículo 166 establece los efectos de la resolución, indicando que:

“1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que reste para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se haya establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si el concesionario hubiese contado entre sus recursos con financiación de terceros, sólo se le abonará el sobrante después de solventar las obligaciones contraídas con aquéllos.

...

4. Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la fianza y deberá, además, indemnizar al órgano de contratación de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada. Asimismo responderá de las indemnizaciones que se generen como consecuencia de la resolución culpable de la concesión”.

c) La regulación de la extinción de la concesión y la reversión de las instalaciones y bienes en el Pliego de Condiciones Regulatoras Económico-Administrativas del contrato

La cláusula 22ª.- EXTINCIÓN DE LA CONCESIÓN del Pliego de Condiciones establece que:

“Se estará a lo dispuesto en los artículos 164, 165 y 166 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, como en el presente Pliego de Condiciones Regulatoras Económico-Administrativas y en el Contrato de Concesión”.

Por su parte, la cláusula 23ª.- REVERSIÓN DE LAS INSTALACIONES Y BIENES, dice que:

“Cuando finalice el plazo concesional, el servicio revertirá a la Administración concedente, debiendo el concesionario entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Se procederá a la realización de un inventario de material, obras e instalaciones, en el que se detallará la situación y estado de conservación de todas las existencias, no pudiendo incluirse en este, ningún elemento que no tenga un estado aceptable para su uso, a juicio de los Servicios Técnicos de los Ayuntamientos concedentes, debiendo ser sustituido por otro de iguales características que si obtenga dicha calificación.

Todos los bienes habrán de encontrarse en perfecto estado de conservación y funcionamiento durante todo el periodo de la concesión y a su término, de forma que se permita la continuidad en la prestación del servicio objeto de concesión. Además de los Dictámenes Técnicos que se consideren oportunos, la Administración concedente designará a un Técnico que supervise las tareas, que vigilará la conservación y reposiciones necesarias para mantener los medios afectos a la concesión en condiciones de seguir funcionando y utilizándose

normalmente, una vez hayan revertido a la Administración concedente. Los gastos que ello ocasione serán por cuenta del Concesionario. Todo ello sin perjuicio de que la Administración concedente ejerza de manera continuada durante el periodo de la concesión labores de inspección de los bienes adscritos al servicio.

Extinguida la concesión, cualquiera que sea su causa, revertirán a la Administración concedente gratuitamente la totalidad de los medios materiales, obras, instalaciones e infraestructuras adscritos a los servicios concedidos o que se hayan incorporado durante la vigencia de la concesión con el carácter de reversibles, incluidos los que pudiera aportar el concesionario, haciendo que todos los servicios antes concedidos, sigan prestándose y funcionando sin ninguna alteración debida a esta reversión.

Se fijara un plazo de 6 MESES, antes de la finalización del plazo concesional, para que los servicios técnicos de la Administración concedente adopten las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas.

En el caso en que un nuevo Concesionario se haga cargo del servicio, y se observaren defectos o circunstancias especiales que deriven de la gestión del anterior Concesionario, y que afecten al desarrollo del servicio, este último deberá hacerse cargo de la subsanación de tales deficiencias”.

d) Improcedencia del apartado segundo 1º de la propuesta de resolución contractual en cuanto determina la cesión de los activos ligados al contrato de concesión a favor de la empresa concesionaria, en contra de su voluntad, y sin compensación por motivo de las inversiones realizadas en dichos activos

Como venimos indicando, esta es la razón por la que el concesionario, a través de la administración concursal, formula oposición a la propuesta de resolución del contrato aprobado por el Ayuntamiento de Ultzama, lo que nos obliga a su análisis pormenorizado.

En primer lugar, hay que recordar, tal y como se deriva del expediente administrativo y de los informes jurídicos emitidos, que el Ayuntamiento del Valle de Ultzama, junto con el de Basaburua y Odieta, acordaron la municipalización del servicio de recogida y tratamiento de los residuos ganaderos (purines) de las explotaciones para prestarlo en régimen de

concesión administrativa, mancomunando el servicio y delegando en el Ayuntamiento del Valle de Ultzama la tramitación de los expedientes administrativos precisos para la implantación efectiva del servicio y la contratación de su explotación.

Como se deriva del acuerdo del Ayuntamiento de Ultzama de 7 de octubre de 2010, se consideró oportuna la prestación por el Ayuntamiento del servicio consistente en la “generación de electricidad y gas a partir de la recogida y posterior tratamiento de los residuos ganaderos de las explotaciones ganaderas de la zona, por cuanto constituye una actividad de utilidad pública e interés social para este municipio”.

Por lo tanto, todos los bienes afectos a la prestación del servicio público de recogida de purines y generación de electricidad tienen la condición de bienes de dominio público (artículo 98.1 LFALN y artículo 3º.3 del RBELN). En consecuencia, estando sujetos al régimen jurídico específico establecido para tal clase de bienes por los artículos 121 a 126 de la LFALN y artículos 92 a 112 del RBELN, mientras que el Ayuntamiento del Valle de Ultzama no proceda a su desafectación, cesando en la prestación del servicio municipalizado por alguna de las causas señaladas en el artículo 207 de la LFAL, entre las que se encuentra la producción continuada de pérdidas en la gestión (decisión que por el momento no ha sido adoptada por la Administración Municipal), las instalaciones afectas a la prestación del servicio tienen el carácter de bienes de dominio público; no resultando lícitamente posible la cesión gratuita de la planta de cogeneración de energía en favor de la concursada mercantil... por estar directamente vinculada a la prestación de un servicio público previamente municipalizado por decisión de los Ayuntamientos interesados. La cesión de bienes de dominio público en favor de una entidad privada no es jurídicamente admisible dado el carácter de bienes inalienables que el ordenamiento jurídico les atribuye en pro de su especial protección y tampoco lo es desde la perspectiva del procedimiento y efectos que se pretende dar a dicha cesión ya que, conforme a lo establecido por el artículo 132 del RBELN, la cesión gratuita de bienes de las entidades locales sólo puede realizarse previa declaración de alineabilidad y en favor de administraciones públicas o

de instituciones privadas de interés público, sin ánimo de lucro, para fines de utilidad pública o interés social que complementen o contribuyan a la satisfacción de intereses de carácter local, lo que no es el caso que aquí se contempla.

Del mismo modo, no existiendo tasación del valor actual de la planta, ni de las posibles compensaciones a que pudiera tener derecho la concursada por las inversiones realizadas por la concesionaria y faltando el necesario consentimiento para la efectividad de la cesión compensatoria o sustitutoria, resulta igualmente contrario al ordenamiento jurídico el apartado segundo de la propuesta de resolución contractual en cuanto que propone la cesión de la planta y, en consecuencia, la improcedencia de cualquier indemnización por inversiones realizadas por el concesionario en los activos ligados a la explotación del servicio.

A juicio de este Consejo de Navarra las consecuencias vinculadas a la resolución contractual de la concesión de obra pública y prestación del servicio de recogida y tratamiento de purines deben ser analizadas en la disyuntiva entre la prevalencia de la regulación establecida en la LFCP o, por el contrario, de la previsión que contiene la cláusula 23 del Pliego de Condiciones, cuando regula la reversión de las instalaciones y bienes una vez extinguida la concesión, pero sin poder acudir a fórmulas intermedias que carecen del necesario soporte legal.

Como hemos adelantado, el artículo 166.1 de la LFCP, en idénticos términos que el artículo 271 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece que en los supuestos de resolución, sin diferenciar quien es el responsable, la Administración deberá abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes necesarios para la explotación, teniendo en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que reste para el término de la concesión y lo que se haya establecido en el plan económico-financiero. Si la resolución se debe a causa imputable al concesionario (artículo 166.4 LFCP) se le deberá incautar

la fianza y, además, vendrá obligado a indemnizar a la Administración por los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada.

Por su parte, el Pliego de Condiciones regulador del contrato, en la cláusula 23, al regular la reversión de los bienes e instalaciones al término del contrato, introduce un párrafo que genera confusión al contemplar la reversión gratuita en favor de la Administración de todas las obras, instalaciones e infraestructuras, “cualquiera que sea la causa de la extinción de la concesión” y sabido es (artículo 121 LFCP) que los contratos se extinguen por el cumplimiento, que en el caso del contrato de concesión de obras públicas sucede al finalizar el plazo de concesión, o por resolución.

Es decir, el Pliego de Condiciones particulares establece una regulación que parece entrar en contradicción con lo establecido por el artículo 166.1, problemática o contradicción que ya fue puesta de manifiesto en los informes jurídicos emitidos por el Secretario municipal el 6 de septiembre de 2015 y por el letrado externo en su informe de 20 de octubre de 2015.

En efecto, el informe del Secretario municipal al analizar las obligaciones municipales respecto a la concesionaria por motivos de las inversiones realizadas en caso de acordar la resolución contractual, tras transcribir parte de la cláusula 23 del Pliego, decía:

“Según esto, y en aplicación del principio general recogido en el artículo 209 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que dice que “los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas podría defenderse que en el supuesto de resolución del contrato por causa imputable a la contratista (como es el caso que nos ocupa) el Ayuntamiento de Ultzama tendría derecho a exigir a... la reversión de todas las instalaciones objeto de la concesión sin contraprestación alguna por parte de éste.

La aplicación del contenido de esta Cláusula 23^a del Pliego de Condiciones Reguladoras Económico-Administrativas Particulares que rigen la concesión administrativa también podría defenderse invocando al principio de “libertad de pactos” recogido en el artículo 30 de la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos, según el cual “Las

administraciones públicas podrán concertar los contratos, pactos y condiciones, que tengan por conveniente, con pleno respeto a los principios establecidos en el artículo 21, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberán cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la presente Ley Foral a tenor de aquéllas”, siendo consecuencia de ello la redacción del artículo 154, apartado g), de este texto legal, según el cual son obligaciones generales del concesionario “Cualesquiera otros que tenga reconocidos en el ordenamiento jurídico o aquellos que se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares.”

Con todo, puntualizar igualmente que en la legislación aplicable existe una regulación específica para este supuesto según la cual, en el caso de que fueran revertidas a la Administración actuante (Ayuntamiento de Ultzama) todas las instalaciones objeto de la concesión, ésta estaría obligada a abonar a la concesionaria... el importe de las inversiones realizadas por motivo de la ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que hubieran sido necesarios para la explotación de tal concesión (gestión de la Planta de Biogás).

En este sentido, en el artículo 166, apartado 1, de la LP 6/2006 de Contratos Públicos, referido a los “efectos de la resolución de la concesión” se determina expresamente que “En los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que reste para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se haya establecido otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Si el concesionario hubiese contado entre sus recursos con financiación de terceros, sólo se le abonará el sobrante después de solventar las obligaciones contraídas con aquéllos”, recogándose en el artículo 271, apartado 1, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, idéntico mandato.

Por todo ello y con ocasión del acuerdo futuro que previsiblemente deberá acordar la Corporación Municipal en el sentido de resolver el contrato de concesión administrativa con la concesionaria... deberá acordarse igualmente lo siguiente:

1. Bien la determinación de que nada se adeuda a la Concesionaria... por motivo de la compensación por las inversiones realizadas, en aplicación estricta del contenido de la Cláusula 23ª del Pliego de

Condiciones Regulatoras Económico-Administrativas Particulares que rigen la concesión administrativa.

2.- O bien el cálculo del importe a devolver a la Concesionaria en compensación por las inversiones realizadas y su pago a la misma. Habida cuenta de la dificultad para el cálculo de esta cantidad y que precisa de cierto tiempo la norma no exige que sea fijada y determinada justo en el mismo momento del acuerdo de la resolución de la concesión sino que permite su fijación en un plazo máximo de seis meses”

Por su parte, el informe del letrado externo, tras transcribir los artículos reguladores de las causas y efectos derivados de la resolución del contrato de concesión de obras públicas, tanto en la LFCP como en la legislación estatal entonces vigente, y a pesar de referirse expresamente a la cláusula 23ª del Pliego “por su singularidad, rotundidad y efectos”, señalaba como pautas esenciales de la actuación municipal, caso de optar por la resolución del contrato, las siguientes:

“La obligación básica cuyo cumplimiento corresponde exigir al concesionario es la que acaba de referirse, a saber, la de entregar los bienes de la concesión en buen estado de conservación y uso, eventualmente para que puedan seguir siendo utilizados a la misma finalidad si así lo acordase la concedente. En esa medida, si los bienes no se encontrasen en dicho estado deberá procederse al levantamiento de acta y valoración de los costes de puesta en “buen estado de conservación y uso”, a fin de tenerlo en cuenta a la hora de practicar la valoración global y liquidación pertinente.

A partir de ello y ya en estricta aplicación de los preceptos relativos a la resolución, habrá de determinarse el Importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la concesión, teniendo en cuenta el grado de su amortización y el plan económico-financiero.

Deberá acordarse la incautación de la fianza.

Deberá efectuarse la valoración de los daños y perjuicios ocasionados en los que habrá de indemnizarse a la concedente para reclamarlos en lo que exceda del importe de la garantía Incautada”.

No queda constancia en la documentación remitida de las posibles razones por las que el Ayuntamiento del Valle de Ultzama, al optar por la

resolución del contrato, consideró finalmente como consecuencia necesaria de la resolución la cesión de la planta en favor de la concesionaria y consecuente negativa a reconocer cualquier compensación económica por las inversiones realizadas, más allá de las alegaciones que en defensa del acuerdo de inicio del expediente de resolución contractual se contienen en los informes jurídicos del secretario y del letrado en contestación a las alegaciones formuladas por la administración concursal y una de las entidades crediticias y avalista, que ya han sido expuestas anteriormente y que, adelantamos, no son compartidas por este Consejo de Navarra.

Cierto es que el artículo 30 de la LFCP reconoce el principio de “libertad de pactos” al facultar a las Administraciones Públicas a concertar los pactos y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y que, como reconoce reiteradamente la doctrina jurisprudencial, los pliegos de condiciones tienen el carácter y fuerza de Ley entre las partes. En tal sentido, la STS de 27 de mayo de 2009, recurso de casación nº 4580/06, establece que “en nuestro ordenamiento contractual administrativo el Pliego de Condiciones es la legislación del contrato para la contratista y para la administración contratante teniendo, por ende, fuerza de Ley entre las partes”. En similares términos, la STS de 17 de octubre de 2000, recurso de casación nº 3171/1995, insiste en que el Pliego de Condiciones es la Ley de contratos “por lo que ha de estarse a lo que se convenga en él”, y la STS de 28 de junio de 2004, recurso de casación nº 7106/00, recuerda, siguiendo doctrina reiterada, que la no impugnación del Pliego de Condiciones obliga a su aceptación convirtiéndose en la Ley del contrato.

Pero en el presente caso, lo que se plantea es un problema de interpretación ante la concurrencia de cláusulas contradictorias en la regulación del Pliego de Condiciones sobre las consecuencias económicas de la resolución del contrato ya que, por un lado, (cláusula 22ª), remite los efectos de la extinción del contrato a lo establecido por el artículo 166 de la LFCP y, por otro, (cláusula 23ª), establece que, extinguida la concesión por

cualquier causa, revertirán “gratuitamente” en favor de la Administración la totalidad de las obras e instalaciones vinculadas a la concesión.

Es doctrina jurisprudencial (entre otras, STSS de 22 de abril de 1987, 20 de mayo de 2002, etc.) a la hora de interpretar los contratos administrativos la que establece que “la ambigüedad, oscuridad o contradicción en las cláusulas de un contrato administrativo no puede perjudicar más que a la parte que las hubiera redactado, esto es a la Administración”.

Además, para poder defender la inaplicación del régimen jurídico legal del contrato de concesión de obras públicas en virtud del principio de libertad de pactos, en algo tan trascendente como son las consecuencias económicas derivadas de las posibles compensaciones que puedan corresponder al concesionario con relación a las instalaciones que revierten en favor de la Administración Pública y las consecuencias inherentes que ello conlleva sobre terceros acreedores del concesionario, su regulación debería ser totalmente nítida, sin la existencia de margen alguno de incertidumbre a cerca de la asunción por el concesionario y por terceros interesados del riesgo económico que conlleva la exclusión o renuncia a los derechos derivados de la regulación legal del contrato tipo, cuestión que en modo alguno concurre en el presente supuesto.

Si bien es cierto que en el contrato de concesión de obras públicas el concesionario debe asumir una parte sustantiva del riesgo económico de la explotación, es igualmente cierto que ese riesgo no es total y debe ser ponderado con el mantenimiento del equilibrio económico de la inversión realizada que revierte en beneficio de la Administración en el momento de la extinción y que, cuando esta surge con anterioridad al plazo pactado de explotación, se produce una reversión anticipada de unos bienes e instalaciones que no pudieron ser amortizados mediante el hipotético beneficio que el concesionario debía ir obteniendo durante la vida del contrato. Es por ello, por lo que en nuestra opinión la regulación legal del contrato de concesión de obra pública contempla el que en los supuestos de resolución, es decir, extinción anticipada por alguna causa, la Administración

deba valorar y, en su caso, abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por el concesionario; eso sí, teniendo en consideración su grado de amortización en función del tiempo que reste para el término de la concesión, a lo que lógicamente habrá que añadir la consideración del estado de conservación y uso en que se encuentren las instalaciones ya que, el concesionario viene obligado a su adecuada conservación y mantenimiento en condiciones de prestar el servicio para el que se construyeron o instalaron, por lo que el inadecuado cumplimiento de esa obligación del concesionario no puede convertirse en carga o penalidad para la Administración al recuperar los bienes afectos al servicio público en un estado inadecuado para su finalidad.

Ese valor residual de los bienes afectos a la prestación del servicio, debidamente calculado en virtud del grado de amortización y de su estado de conservación, mantenimiento y uso, cualquiera que pueda ser, se configura como garantía económica del contratista y de sus acreedores en caso de resolución anticipada del contrato, y no debe olvidarse que, precisamente, una de las finalidades de la regulación legal que caracteriza a esta figura contractual de la concesión de obras públicas es la de asignar a la concesión un valor patrimonial que permita atraer al capital privado a la construcción y explotación de obras y servicios públicos que requieren importantes recursos económicos e inversiones iniciales y que, precisamente, ese valor de la concesión se convierte en la garantía con la que el contratista puede obtener financiación externa hasta el punto de poder ser (artículo 144 LFCP) hipotecada tal y como ha sucedido en el presente caso.

En definitiva, a juicio de este Consejo de Navarra, la contradicción existente en la regulación de las cláusulas 22^a y 23^a del Pliego de Condiciones debe resolverse en favor de la aplicación del régimen legal establecido por el artículo 166 de la LFCP y, por lo tanto, la resolución de la concesión, aun cuando sea por causa imputable al concesionario, deberá llevar aparejada la valoración por la Administración municipal de las instalaciones y bienes realizadas por el concesionario, en el estado de amortización, conservación, mantenimiento y uso en el que se encuentren.

Igualmente, puesto que nos encontramos ante un supuesto de resolución por causa imputable al concesionario, la Administración deberá incautarle la fianza y calcular, en su caso, los daños y perjuicios que como consecuencia de la resolución se ocasionen al Ayuntamiento del Valle de Ultzama.

En definitiva, la resolución del contrato de concesión de obras públicas debe conllevar, a juicio de este Consejo de Navarra, la reversión en favor del Ayuntamiento del Valle de Ultzama de todos los bienes e instalaciones afectos a la concesión, la incautación de la fianza del contratista al ser debida a causa imputable al concesionario y la valoración, en el plazo máximo de seis meses, con audiencia previa de la concesionaria o en este caso de la administración concursal y de los terceros interesados, de la liquidación que pueda corresponder al concesionario una vez efectuada la valoración actual de las instalaciones en el estado de mantenimiento, conservación, uso y amortización en que se encuentren, descontando, en su caso, las posibles cantidades que por daños y perjuicios ocasionados al interés público pudiera exigirse al concesionario.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra informa desfavorablemente la propuesta de resolución del contrato de concesión de obra pública y explotación de la planta de producción de gas y electricidad con base en purín ganadero formulada por el Ayuntamiento del Valle de Ultzama de acuerdo con lo razonado en el cuerpo del presente dictamen.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.