

**Expediente:** 1/2017

**Objeto:** Resolución de concesión administrativa instada por el Ayuntamiento de Ultzama-Ultzamako Udala.

**Dictamen:** 8/2017, de 2 de marzo.

## **DICTAMEN**

En Pamplona, a 2 de marzo de 2017,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza Presidente, doña Socorro Sotés Ruiz, Consejera-Secretaria, doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, Consejera y Consejeros,

siendo ponente don José Iruretagoyena Aldaz,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

### **I. ANTECEDENTES**

#### **I.1ª. Formulación de la consulta**

El día 10 de enero de 2017 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 15, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre el expediente de resolución del contrato de concesión de obra pública y posterior explotación de la planta de producción de gas y electricidad con base en purín ganadero y de cuatro fosas de almacenamiento de purines, solicitado por el Ayuntamiento de Ultzama.

Se acompaña a la consulta el expediente administrativo tramitado por el Ayuntamiento de Ultzama con las actuaciones practicadas a partir de la remisión de nuestro dictamen 20/2016, de 28 de abril, referente a la

propuesta de resolución del referido contrato adoptada por el Pleno del Ayuntamiento en sesión celebrada el 4 de febrero de 2016.

### **I.2ª. Antecedentes de hecho**

De la documentación remitida a este Consejo y de la tenida en consideración para la emisión de nuestro dictamen 20/2016, resultan los siguientes hechos relevantes:

**Primero.-** El Pleno del Ayuntamiento 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 los 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 de proveer a las explotaciones ganaderas 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 señalaba 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. 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 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 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 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.

En la misma sesión, a la vista de los informes jurídicos emitidos, el Pleno acordó el secuestro de la concesión con efectos a partir del día 10 de noviembre de 2014, por un tiempo de tres meses y por un plazo máximo de tres años, acuerdo que se notificó a las entidades financieras... y..., titulares de créditos hipotecarios concedidos a la concesionaria y al Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad y Registro Mercantil.

**Sexto.-** El 10 de noviembre de 2014, en la planta de generación de gas y electricidad y con la asistencia de representantes del Ayuntamiento y de la administración concursal, se procedió a intervenir las instalaciones, incorporando acta notarial sobre el estado de las mismas, reportaje fotográfico y un 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 T.M. de Ultzama”.

El 10 de diciembre de 2010, la empresa... emite informe pericial de daños en equipos e infraestructuras de la planta mancomunada de Biogás “manifestando que la planta se encuentra en un estado que podría considerarse como de abandono y que los costes estimados para el restablecimiento de las condiciones de la planta a origen ascenderían a 909.210 euros”.

**Séptimo.-** El secuestro fue prorrogado en varias ocasiones hasta que mediante acuerdo plenario de 25 de noviembre de 2015 se acordó la finalización de la medida de secuestro de la concesión con efectos de 13 de enero de 2016. Conviene precisar que, entre tanto, mediante Auto de 1 de

septiembre de 2015, el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona aprobó el plan de liquidación presentado por la administración concursal, modificado mediante Auto de 19 de enero de 2016 en respuesta a un escrito del administrador concursal que solicitaba se le autorizase a pedir 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 (ante la persistencia de las prórrogas) más deudas contra la masa y favorecer los intereses del concurso, todo ello sin perjuicio de que la administración concursal ejercite las acciones que estimen convenientes para recuperar el valor de las instalaciones”.

**Octavo.-** Por acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de 10 de diciembre de 2015 se aprobó inicialmente el expediente de resolución del contrato de concesión por motivo de abandono, renuncia unilateral o incumplimiento de las obligaciones esenciales, y por motivo de la declaración de concurso del concesionario.

El apartado segundo del citado acuerdo municipal establecía:

“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”

**Noveno.-** 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.

Tanto la administración concursal como... y la sociedad..., en sus escritos de alegaciones, cuestionaban la legalidad y procedencia del punto segundo del acuerdo plenario de 10 de diciembre de 2015, de inicio del procedimiento de resolución contractual, que determinaba la cesión de los activos ligados al contrato en favor de la concesionaria y, en consecuencia, la declaración de que no procedía compensación alguna a favor de la concesionaria por motivo de las inversiones realizadas en dichos activos.

Tras los informes jurídicos solicitados, el Ayuntamiento de Ultzama, mediante acuerdo plenario de 4 de febrero de 2016, desestimó las alegaciones formuladas y aprobó la propuesta de resolución del contrato de concesión por causa de abandono unilateral, incumplimiento por la concesionaria de sus obligaciones esenciales y de los niveles mínimos de calidad del servicio, así como por el motivo de declaración de concurso, precisando que en lo que respecta a los activos ligados a la concesión administrativa “se determina su cesión en favor de la empresa concesionaria por motivo de las inversiones realizadas en dichos activos”, y acordaba la remisión del expediente al Consejo de Navarra solicitando la emisión de dictamen previo a la aprobación definitiva del expediente de acuerdo con la propuesta municipal.

**Décimo.-** Este Consejo de Navarra, mediante dictamen 20/2016, de 28 de abril, informó desfavorablemente la propuesta de resolución del contrato de concesión de obra pública y explotación de planta de producción de gas y electricidad con base en purín ganadero formulada por el Ayuntamiento de Ultzama.

De forma sucinta, remitiéndonos íntegramente al contenido del citado dictamen, este Consejo rechazó la propuesta municipal, en lo relativo a la cesión de los activos ligados a la concesión sin compensación económica y en contra de la voluntad de la concesionaria, por dos razones: la primera, por encontramos en presencia de unos bienes que, por estar afectados a la prestación de un servicio público previamente municipalizado, tienen la condición de bienes de dominio público [artículo 98.1 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local de Navarra (en lo sucesivo, LFALN) y artículo 3.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de Navarra, aprobado mediante Decreto Foral 280/1990, de 18 de octubre (en adelante, RBELN)] estando sujetos al régimen jurídico específico establecido para ellos por los artículos 121 a 126 de la LFALN y artículos 92 a 112 del RBELN, en cuya virtud, mientras que el Ayuntamiento de Ultzama no procediese a su desafectación, una vez cesada la prestación del servicio público por alguna de las causas señaladas en el artículo 207 de la LFALN, no resultaba jurídicamente posible la cesión dado el carácter de bienes

inalienables que el ordenamiento jurídico les atribuye en pro de su especial protección. Propuesta igualmente improcedente desde la perspectiva del procedimiento y efectos que el Ayuntamiento de Ultzama pretendía dar a la cesión, ya que la cesión gratuita de bienes de las entidades locales (artículo 132 RBELN) sólo puede realizarse previa declaración de alienabilidad 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 era, obviamente, el caso analizado.

La segunda razón surgía de la aplicación de la propia normativa reguladora del contrato administrativo de concesión de obra pública. Tras evidenciar la existencia de contradicción entre diversas cláusulas del pliego de condiciones que regía el contrato y precisar que la contradicción debía resolverse en favor de la aplicación del régimen legal establecido por el artículo 166 de la LFCP, aplicable por razones temporales a la relación contractual controvertida, considerábamos que la resolución del contrato de concesión de obra pública, aun cuando fuera debida a causa imputable al concesionario, debería llevar aparejada la valoración por la Administración municipal de las instalaciones y bienes realizados por el concesionario, en el estado de amortización, conservación, mantenimiento y uso en el que se encontrasen. Igualmente, puesto que nos encontrábamos ante un supuesto de resolución por causa imputable al concesionario, la Administración debería incautarle la fianza y calcular, en su caso, los daños y perjuicios que como consecuencia de la resolución se ocasionaran al Ayuntamiento de Ultzama.

En definitiva, la resolución del contrato de concesión de obras públicas debía conllevar, a juicio de este Consejo de Navarra, la reversión en favor del Ayuntamiento 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 pudiera 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.

**Undécimo.-** Recibido el dictamen 20/2016, el Pleno del Ayuntamiento de Ultzama, en sesión celebrada el 1 de junio de 2016, acordó la aprobación definitiva del expediente de resolución del contrato de obra pública y explotación de planta de producción de energía por actuación culpable de la empresa... y, en relación con los activos ligados a la concesión, estableció lo siguiente:

1º Determinar la REVERSIÓN en favor de la entidad concedente, Ayuntamiento de Ultzama, de todos los bienes e instalaciones afectos a la concesión.

2º Determinar la incautación de la fianza así como que se lleve a cabo el cálculo de los daños y perjuicios que como consecuencia de la resolución se han ocasionado a la entidad concedente, Ayuntamiento de Ultzama.

3º Determinar que, en el plazo máximo de seis meses, se procederá por parte del Ayuntamiento de Ultzama a la LIQUIDACIÓN a favor de la empresa concesionaria,..., como resultado de la VALORACIÓN de estos activos, en los términos establecidos en el artículo 166, párrafos 1º y 4º, de la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos, valoración que se aprobará con audiencia previa de dicha empresa concesionaria (en este caso de la Administración Concursal) y de los terceros interesados, siguiendo los trámites siguientes:

1. Desde el Ayuntamiento se encargará un Informe de Valoración a un profesional o empresa experto en la materia, informe que seguirá las indicaciones que a continuación se exponen.
2. En dicho Informe se valorarán las inversiones realizadas por la empresa concesionaria 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, en el estado de mantenimiento, conservación, uso y amortización en que se encuentren. 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.
3. De dicha cantidad habrá que descontar el importe que suponga la puesta en "buen estado de conservación y uso" de dichos activos, entendiéndose por ello que "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”.

4. Finalmente, se determinará el importe de la indemnización que por concepto de daños y perjuicios ocasionados al interés público habrá de satisfacer la empresa concesionaria a la entidad concedente, Ayuntamiento de Ultzama, como consecuencia de la resolución culpable de la concesión, el cual se descontará del resultado de la valoración anteriormente referida.
5. Del resultado de este Informe de Valoración se dará audiencia a la entidad concesionaria,... (en este caso a la Administración Concursal) y de los terceros interesados (....., y empresa...), por plazo de diez días, previamente a su aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de Ultzama.
6. Finalmente, a la hora del pago de la liquidación pertinente, si la empresa concesionaria hubiese contado entre sus recursos con financiación de terceros, sólo se le abonará el sobrante (en caso de existir) después de solventar las obligaciones contraídas con aquéllos.”

**Decimosegundo.-** Contra el citado acuerdo del Ayuntamiento de Ultzama, el administrador concursal de... interpuso recurso de alzada ante el Tribunal Administrativo de Navarra en súplica de que se acordara la nulidad de pleno derecho del apartado 3º, puntos 2 y 3, argumentando que el problema se planteaba como consecuencia de la existencia de un periodo de secuestro de la concesión, lo que distorsionaba la fecha de entrega, que a juicio del administrador concursal se produjo el 10 de noviembre de 2014 y que en ese momento las instalaciones se encontraban en normal funcionamiento. Por ello, consideraba que la no concreción de la fecha a la que debía referirse las valoraciones generaba inseguridad jurídica e indefensión a la concesionaria.

Mediante Resolución 2990, de 15 de noviembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Navarra desestimó el recurso de alzada del administrador concursal. El Tribunal Administrativo considera que de la cláusula 23ª del

pliego puede deducirse que el momento de la reversión de las instalaciones coincide con el de extinción de la concesión, que en ese caso, acaece por su resolución. Añade que con el secuestro de la concesión lo que se pretendía era adoptar una medida de urgencia en interés del servicio para hacer frente a la imposibilidad del concesionario de asegurar la prestación del servicio y que “tal y como señala el apartado 2 del artículo 166 de la LFCP, la explotación directa de la obra pública objeto del secuestro, se realiza por cuenta y riesgo del concesionario, por tanto resulta evidente que la empresa concesionaria deberá asumir el posible deterioro que por su uso pueden sufrir las instalaciones hasta su finalización. Para mayor abundamiento, la cláusula 23ª del pliego fija como dies a quo de reversión de las instalaciones y consecuentemente fecha referencial para la valoración de los activos, el de extinción de la concesión, que en el presente caso se produce con la resolución de la concesión, no con el inicio del secuestro”.

**Decimotercero.-** El 30 de junio de 2016, por parte de... y la Sociedad... (...), se interpone recurso de reposición contra el acuerdo plenario de 1 de junio de 2016 solicitando la declaración de nulidad del acuerdo recurrido y la exigencia de iniciar un nuevo procedimiento de resolución contractual cuyos efectos y consecuencias se abstengan de descontar del resultado de la valoración de las inversiones las indemnizaciones que puedan corresponder a la concesionaria, así como los gastos de puesta en marcha de las instalaciones.

Mediante acuerdo del Ayuntamiento de Ultzama de 3 de noviembre de 2016 se estima parcialmente el recurso de reposición acordando abrir un periodo de audiencia a las entidades interesadas en el procedimiento de resolución contractual, desestimándolo en el resto de procedimientos.

**Decimocuarto.-** El 26 de noviembre de 2016... y la Sociedad... (...) presentaron un escrito conjunto de alegaciones en el que, en relación con la liquidación de activos por la resolución del contrato con la mercantil..., y la aplicación del artículo 166.1 de la LFCP, señalan que debe prevalecer la aplicación de la legislación de contratos públicos sobre la legislación concursal, afirmación que fundamentan en el artículo 67.1 de la ley 22/2003,

de 9 de julio, Concursal, que establece que los efectos de la declaración de concurso sobre los contratos de carácter administrativo celebrados por el deudor con Administraciones Públicas se regirán por lo establecido en su legislación especial, previsión que se confirma con el contenido de la vigente disposición adicional segunda ter. Régimen especial aplicable a las situaciones de insolvencia de las empresas concesionarias de obras y servicios públicos, o contratistas de las Administraciones Públicas, cuando señala que “en los concursos de empresas concesionarias de obras y servicios públicos o contratistas de las Administraciones Públicas, se aplicarán las especialidades que se hallen establecidas en la legislación de contratos del sector público y en la legislación específica reguladora de cada tipo de contrato administrativo”.

Del contenido de tal regulación entienden que la Administración debe acordar el abono a las entidades alegantes del valor de los activos resultantes de la aplicación del artículo 166.1 LFCP, con prelación a la administración concursal.

En segundo lugar, consideran que la propuesta de liquidación no se ajusta a lo señalado por nuestro dictamen 20/2016, ya que lo que pretende el Ayuntamiento es la valoración de los activos según su grado de amortización y estado de uso para después hacer un doble descuento: por un lado, “lo que suponga la puesta en buen estado de conservación y uso de dichos activos” y, por otro, “la hipotética indemnización que por daños y perjuicios corresponda al concesionario por la resolución culpable del contratista”.

Los alegantes entienden que una cosa es que se valore los activos en atención a su grado de amortización y a su estado de conservación y uso (que es lo que en su opinión mantuvo nuestro dictamen 20/2016) y otra que al valor de los inmuebles haya que descontar, también, lo que cueste poner en marcha la planta y adecuarla a un correcto estado de conservación, ya que entienden que ello supone una doble minusvaloración por un mismo concepto.

Por último, consideran que del valor de los bienes afectos a la concesión el Ayuntamiento no puede detraer las indemnizaciones que en su caso correspondan al concesionario, de modo que el Ayuntamiento deberá abonar a las entidades financieras el saldo resultante y, de forma independiente, exigir a la concesionaria el abono de las indemnizaciones que por daños y perjuicios al interés público puedan proceder.

**Decimoquinto.-** El 28 de noviembre de 2016 formula alegaciones la mercantil... En primer lugar, considera que la resolución anticipada de la concesión y la consecuente reversión en favor de la Administración de los bienes afectos al servicio determinan el nacimiento de la obligación de pago del importe de las inversiones pendientes de amortizar con la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto a favor de la Administración. Además, entiende que las acreedoras financieras del concesionario tienen un derecho preferente al cobro del importe de las inversiones pendiente de amortizar ya que ellas son ajenas a la causa que ha dado lugar a la resolución del contrato.

En segundo lugar, en relación con los conceptos a tener en cuenta a la hora de valorar las inversiones realizadas, la entidad alegante, con fundamento en la dicción literal del artículo 166.1 de la LFCP, entiende que debe limitarse a los siguientes conceptos: grado de amortización de los bienes al tiempo que reste para el término de la concesión y conforme a lo establecido en el plan económico financiero, no siendo procedente ampliar esos conceptos, tal y como pretende el Ayuntamiento de Ultzama, “al estado de mantenimiento, conservación, uso y amortización en que se encuentren; al importe que suponga la puesta en buen estado de conservación y uso de los activos afectos a la concesión y a la indemnización que se fije en concepto de daños y perjuicios a la Administración”.

La entidad... considera que las indemnizaciones por daños y perjuicios y la depreciación por el estado de conservación, mantenimiento, y uso, son conceptos independientes al del importe de las inversiones y considera que quien debe responder es el concesionario y no los acreedores financieros, siendo buena prueba de ello el hecho de que el legislador los haya incluido

dentro del apartado 4 del artículo 166 de la LFCP y no dentro del apartado 1 que se refiere al abono al concesionario o a los acreedores financieros del valor de las inversiones.

La entidad... termina solicitando que el acuerdo de resolución contractual determine de manera clara la liquidación del importe pagadero en concepto de inversiones no amortizadas y el derecho preferente de... a hacer efectivo el importe de su crédito hipotecario exclusivamente sobre tal cantidad, sin incorporar otros conceptos que tienen carácter de obligación personal del concesionario, como pueden ser los derechos indemnizatorios y el coste derivado de la puesta en buen estado de conservación y uso de las instalaciones.

Igualmente solicita, como medida cautelar hasta la resolución definitiva de la concesión, la recepción provisional de la concesión por parte del Ayuntamiento de Ultzama, con la finalidad de evitar perjuicios innecesarios e irreparables dada la situación de cese y cierre de actividad, así como la disolución en que se encuentra la mercantil...

**Decimosexto.-** El 2 de diciembre de 2016 presentó escrito el Administrador Concursal de la mercantil..., cuestionando la legitimación de... y de... para interponer recurso de reposición contra los acuerdos del Ayuntamiento de Ultzama referentes a la resolución contractual, al entender que él es el único que puede representar a la mercantil concursada. Por ello, consideraba que el acuerdo de 3 de noviembre de 2016 era nulo de pleno derecho, por lo que se debería mantener el acuerdo de 1 de junio de 2016 y no dar traslado, a los recurrentes, de ninguna actuación relacionada con la resolución contractual del concesionario.

**Decimoséptimo.-** El 22 de diciembre de 2016 el Pleno del Ayuntamiento de Ultzama, previo informe jurídico emitido por..., desestima las alegaciones presentadas y adopta acuerdo de aprobación definitiva del expediente de resolución del contrato de concesión de obra pública, determinando como causa de la resolución la actuación culpable de la concesionaria... y, en relación con los activos ligados al contrato de concesión, establece:

“Al amparo del contenido del artículo 109, apartado 1, del RD 1098/2000, de 12 de octubre, por el que se desarrolla el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, REMITIR el Expediente (las actuaciones producidas desde la fecha del Dictamen del Consejo de Navarra hasta la presente fecha ) y SOLICITAR del Consejo de Navarra la emisión de DICTAMEN previo respecto a la aprobación definitiva de este segundo apartado de acuerdo con la siguiente PROPUESTA de acuerdo:

1º Determinar la REVERSIÓN en favor de la entidad concedente, Ayuntamiento de Ultzama, de todos los bienes e instalaciones afectos a la concesión.

2º Determinar la incautación de la fianza así como que se lleve a cabo el cálculo de los daños y perjuicios que como consecuencia de la resolución se han ocasionado a la entidad concedente, Ayuntamiento de Ultzama.

3º Determinar que, en el plazo máximo de seis meses, se procederá por parte del Ayuntamiento de Ultzama a la LIQUIDACIÓN a favor de la empresa concesionaria,..., como resultado de la VALORACIÓN de estos activos, en los términos establecidos en el artículo 166, párrafos 1º y 4º, de la Ley Foral 6/2006 de Contratos Públicos, valoración que se aprobará con audiencia previa de dicha empresa concesionaria (en este caso de la Administración Concursal) y de los terceros interesados, siguiendo los trámites siguientes:

1. Desde el Ayuntamiento se encargará un Informe de Valoración a un profesional o empresa experto en la materia, informe que seguirá las indicaciones que a continuación se exponen.
2. En dicho Informe se valorarán las inversiones realizadas por la empresa concesionaria 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, en el estado de mantenimiento, conservación, uso y amortización en que se encuentren. 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.
3. La fecha a efecto para la valoración de los activos será la de 1 de junio de 2016.
4. De dicha cantidad habrá que descontar el importe que suponga la puesta en “buen estado de conservación y uso” de dichos activos, entendiéndose por ello que “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”.

5. Finalmente se descontará la cantidad que corresponda en concepto de daños y perjuicios ocasionados al interés público que habría de satisfacer la empresa concesionaria a la entidad concedente, Ayuntamiento de Ultzama, como consecuencia de la resolución culpable de la concesión, el cual se descontará del resultado de la valoración anteriormente referida. Dentro de este concepto se incluirán, entre otros, las subvenciones recibidas por el Ayuntamiento de Ultzama y que al amparo del contenido de la cláusula 5.-1ª del Pliego de Condiciones que rige la Concesión han sido entregadas a la empresa concesionaria.
6. Del resultado de este Informe de Valoración se dará audiencia a la entidad concesionaria,... (en este caso a la Administración Concursal) y de los terceros interesados (...,..., y empresa...), por plazo de diez días, previamente a su aprobación por el Pleno del Ayuntamiento de Ultzama.
7. El Pleno del Ayuntamiento de Ultzama aprobará definitivamente el contenido del Informe de Valoración.
8. Como resultado del contenido de dicho Informe y una vez determinada la cantidad resultante del mismo se abonará la cantidad económica que corresponda a la Administración Concursal de la empresa... en su condición de garante del derecho de los acreedores en el procedimiento de concurso de acreedores habido al efecto, a los efectos de que tras dar cumplimiento al apartado final del último párrafo del apartado 1º del artículo 166, de la LF 6/2006 de Contratos Públicos (en el que dice textualmente que “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 aquellos), reciba la misma.”

**Decimoctavo.-** Con fecha 10 de febrero de 2017 tiene entrada en este Consejo de Navarra escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra adjuntado, a instancia del Ayuntamiento de Ultzama, documentación complementaria. En concreto, se remite Resolución 96/2017, de 17 de enero, del Director General de Desarrollo Rural, Agricultura y Ganadería, por la que se inicia el expediente de reintegro de la subvención de 216.291,40 euros, para la construcción de la planta mancomunada de digestión de



purines abonados al Ayuntamiento de Ultzama mediante Resoluciones 3E/2011, de 17 de enero y 12E/2012, de 2 de enero, del Director General de Desarrollo Rural.

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **II.1ª. Carácter preceptivo del dictamen**

La presente consulta, formulada por el Ayuntamiento de Ultzama a través de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra, somete a dictamen de este Consejo de Navarra la segunda 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, 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 de Ultzama de 22 de diciembre de 2016.

El artículo 14.1.i) de la LFCN establece que el Consejo de Navarra deberá ser preceptivamente consultado en “cualquier otro asunto en que la legislación establezca la exigencia de informe preceptivo del Consejo de Navarra o el dictamen de un organismo consultivo”. 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 nuestros dictámenes 51/2001 y 20/2016, siguiendo doctrina del Consejo de Estado, la oposición del contratista ha de apreciarse cuando exprese 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 de Ultzama pretende acordar la resolución definitiva de la concesión.

## **II.2ª.- Tramitación del expediente**

El procedimiento de resolución contractual se ha tramitado por el Ayuntamiento de Ultzama ajustándose a las determinaciones establecidas en 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, y a lo señalado por 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, que 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 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 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.

## **II.4ª. Análisis de la propuesta de resolución contractual formulada por el Ayuntamiento de Ultzama y las objeciones de los acreedores hipotecarios y avalistas**

### ***a) El marco legal del 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 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 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 clasificarse 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»”.

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 153 regula los derechos del concesionario y en el artículo 154 se regulan las obligaciones, entre las que se encuentra explotar la obra asumiendo el riesgo económico de su gestión, así como la obligación de

cuidar del buen orden y de la calidad de la obra pública y de uso; deber de uso y conservación que se pormenoriza en el artículo 155 de la LFCP imponiendo al concesionario el deber de mantenerlo de conformidad con lo que, en cada momento, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad que resulten de aplicación, debiendo los Pliegos de condiciones incluir mecanismos para mediar la calidad del servicio, incluyendo niveles mínimos cuyo incumplimiento puede dar lugar a la resolución.

Los artículos 164 a 168 de la LFCP regulan la extinción de la concesión, sus efectos y consecuencias en los términos siguientes:

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”.

***b) Improcedencia de la pretensión anulatoria de la administración concursal***

Antes de entrar a analizar la cuestión de fondo resulta necesario analizar la pretensión de nulidad del acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ultzama de 3 de noviembre de 2016 por el que se estima parcialmente el recurso de reposición interpuesto por... y la mercantil... contra el acuerdo de 30 de junio de 2016, al considerar el administrador concursal que él es el único legitimado para representar a la mercantil concursada y, en consecuencia, solicita que no se les de ningún traslado relacionado con la resolución contractual.

Planteamiento que no puede ser aceptado ya que, el hecho de que el Administrador Concursal sea en la actualidad el representante legal de la mercantil..., no impide que los acreedores hipotecarios y el avalista sean personas interesadas en el expediente de resolución en defensa de los derechos que en tales condiciones les asisten, tal y como expresamente lo establece el artículo 109.1 del Real Decreto 1098/2001, que aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

***c) Aceptación parcial de la propuesta municipal***

Tal y como se deriva de los antecedentes fácticos, la propuesta de resolución del Ayuntamiento de Ultzama, en relación con la valoración de los activos afectados a la concesión, establece que se encargará a un profesional o empresa experta en la materia una valoración de tales bienes con arreglo a los siguientes criterios:

- La fecha a efectos de valoración de los activos será la del 1 de junio de 2016.



- Se valorarán las inversiones realizadas por la empresa (ejecución de obras y adquisición de bienes, ya que no hubo expropiaciones) “en el estado de mantenimiento, conservación, uso y amortización en que se encuentren. A tal 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”.
- De dicha cantidad “habrá que descontar el importe que suponga la puesta en buen estado de conservación y uso” de modo que la totalidad de medios materiales, obras e instalaciones adscritos al servicio sigan prestándose y funcionando sin ninguna alteración debida a la reversión.
- Finalmente “se descontará la cantidad que corresponda en concepto de daños y perjuicios ocasionados al interés público”, incluyéndose dentro de este concepto las subvenciones recibidas por el Ayuntamiento y que fueron entregadas a la concesionaria.
- Por último, la cantidad que resulte se abonará a la Administración concursal de la mercantil..., “en su condición de garante del derecho de los acreedores en el procedimiento de concurso”.

Frente a tal propuesta, los acreedores hipotecarios (... y...), así como el avalista (...) consideran que:

- Debe tenerse en cuenta que la concesión estuvo gestionada por el Ayuntamiento desde que se acordó el secuestro el 10 de noviembre de 2014.
- La valoración de los activos debe realizarse conforme a lo establecido por el artículo 166.1 de la LFCP, es decir, teniendo 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. De dicha cantidad no podrán descontarse magnitudes económicas que provengan del incumplimiento de las obligaciones personales del concesionario, como son, a juicio de los alegantes aunque con diferente intensidad, la conservación y mantenimiento del buen uso de las instalaciones, así como los

daños y perjuicios que la resolución conlleva para el interés público.

- Por último, entienden que de conformidad con lo establecido por el artículo 67.1 y disposición adicional segunda ter de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la legislación preferente para la resolución contractual es la legislación reguladora de la contratación administrativa y no la legislación concursal, por lo que el abono del valor residual de los bienes de la concesión debe abonarse, en primer lugar, a las entidades financieras acreedoras y no a la concursada, ni a la administración concursal.

Comenzando por la determinación de la fecha a la que debe referirse la valoración de los activos, este Consejo de Navarra comparte la posición del Ayuntamiento de Ultzama que la refiere al 1 de junio de 2016, fecha en que se adoptó el acuerdo de aprobación definitiva del expediente de resolución del contrato de concesión de obra pública formalizado con la empresa...; acuerdo que a pesar de haber sido recurrido tanto por el administrador concursal ante el Tribunal Administrativo de Navarra, con resultado desestimatorio, como por los acreedores hipotecarios, con resultado prácticamente estimatorio, tal estimación parcial afectó únicamente al apartado relativo a la valoración de los activos, pero no a los efectos de la resolución contractual que no fue cuestionada.

Por tanto, teniendo en cuenta que el secuestro es una medida de carácter provisional que pretende el mantenimiento de la vigencia de la concesión, evitando la adopción de la medida más drástica y perjudicial, tanto para el concesionario como para el interés público, hay que entender que, conforme a lo establecido por el propio artículo 166.1 de la LFCP, como por la cláusula 23ª del Pliego de Condiciones que rigió el contrato, la fecha de reversión de las instalaciones en favor del Ayuntamiento y, por tanto, la fecha referencial para la valoración de los activos debe ser la del acuerdo de aprobación definitiva de la resolución contractual.

Mayor transcendencia tiene la discrepancia sobre los criterios que deben servir de base a la valoración de los activos vinculados al contrato como consecuencia de su resolución.

En relación con ello, este Consejo de Navarra, en nuestro dictamen 20/2016, ya señalaba que:

*“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 22ª y 23ª 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 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 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”.*

En el momento actual, para la adecuada resolución de la discrepancia que se suscita, este Consejo de Navarra considera que no debe hacerse una interpretación aislada del artículo 166.1 de la LFCP, desconectada del resto de preceptos que regulan los derechos y obligaciones del concesionario de obra pública, ni tampoco se puede realizar una interpretación meramente literal sin conexión con su finalidad.

En efecto, ya lo dijimos en nuestro dictamen 20/2016, compartiendo en parte el razonamiento de los acreedores hipotecarios, que el artículo 166.1 de la LFCP pretende evitar una situación de enriquecimiento injusto por parte de la Administración en aquellos casos en los que, cualquiera que sea la causa, se produzca una reversión anticipada de unos bienes e

instalaciones financiadas por el concesionario sin haber transcurrido el tiempo necesario para poder haber sido amortizadas con el beneficio hipotético de la explotación de la obra o prestación del servicio. Ahora bien, ello tampoco quiere decir que se libere al concesionario de sus obligaciones, entre las que se encuentra (artículo 164 de la LFCP y cláusula 23ª del Pliego) la obligación del concesionario de entregar a la Administración concedente, en buen estado de conservación y uso, las obras e instalaciones necesarias para la continuidad en la prestación del servicio o explotación de la obra.

La amortización de las obras e instalaciones en función del tiempo que reste para el término de la concesión, conforme al plan económico-financiero, puede verse afectada seriamente por el inadecuado cumplimiento del concesionario del deber de conservar y mantener tales bienes en las condiciones adecuadas para la debida funcionalidad de los mismos. Resulta evidente que no es lo mismo el valor de unos bienes según que su estado y conservación haya sido el adecuado, que el de los mismos bienes, con la misma antigüedad, si su grado de conservación y mantenimiento ha sido inadecuado. Una cosa es que la administración no deba obtener un enriquecimiento injusto como consecuencia de la reversión anticipada de unos bienes afectos a la concesión cuando se encuentran en perfectas condiciones para la continuidad del servicio público y otra, muy diferente, que la administración, a causa del incumplimiento de las obligaciones del concesionario, se vea obligada a valorar unos bienes que no están en condiciones de cumplir con la finalidad y tenga que hacer frente, con sus propios recursos, a su adecuación y puesta en funcionamiento. Por lo tanto, a juicio de este Consejo de Navarra es plenamente ajustado a derecho el contenido del punto 2 del apartado 3º de la propuesta de acuerdo relativo a la valoración de los activos de la concesión cuando refiere que la valoración de la amortización en virtud del tiempo transcurrido y de lo establecido por el plan económico financiero deberá tener en cuenta su estado de conservación, mantenimiento y uso.

Ahora bien, la cuestión a determinar es si esa previsión, a su vez, resulta compatible o complementaria con la recogida en el punto 4 de la

propuesta municipal cuando señala que a la cantidad obtenida conforme a lo establecido en el punto 2 se le descontará “el importe que suponga la puesta en buen estado de conservación y uso” y, a juicio de este Consejo de Navarra, tal previsión conlleva una doble minusvaloración o descuento por un mismo concepto. Efectivamente, una cosa es la depreciación constructiva o material, que es aquella que surge de modo inevitable por el mero transcurso del tiempo y, otra, la depreciación funcional vinculada al deber de mantenimiento y conservación. La corrección de esta depreciación funcional puede conseguirse por dos caminos: uno, descontando al valor de amortización constructiva o material la minusvaloración del bien por el inadecuado estado de conservación, mantenimiento y uso (que vendría a ser lo establecido en el punto 2 de la propuesta municipal), o bien, descontando al valor de la amortización el importe de las inversiones necesarias para dotar a los bienes e instalaciones de las condiciones precisas para el funcionamiento adecuado en atención al tiempo de vida útil de los mismos (que vendría a ser lo planteado en el punto 4 de la propuesta municipal).

Por lo tanto, a juicio de este Consejo de Navarra, los puntos 2 y 4 del apartado 3º de la propuesta municipal responden a un mismo concepto de valoración (disminución del valor de los bienes afectos a la concesión en virtud de su depreciación funcional) y no pueden ser objeto de aplicación sucesiva, debiendo el Ayuntamiento de Ultzama optar por el procedimiento que considere más adecuado para valorar una única vez la depreciación funcional de los bienes afectos a la concesión objeto de resolución.

El punto 5 del apartado 3º de la propuesta municipal establece que a la cantidad que resulte de la valoración de los bienes en atención al grado de amortización en función del tiempo que restase para la terminación de la concesión, depreciada con arreglo al estado de conservación, mantenimiento y uso, se le “descontará la cantidad que corresponda en concepto de daños y perjuicios ocasionados al interés público” entre los que se incluirán, entre otros no especificados, las subvenciones recibidas por el Ayuntamiento de Ultzama y que fueron entregadas a la empresa concesionaria.

Los acreedores hipotecarios y el avalista, en sus escritos de alegaciones, no cuestionan el derecho del Ayuntamiento de Ultzama a exigir al concesionario la indemnización de los daños y perjuicios que puedan haberse generado como consecuencia de la resolución por causa imputable al concesionario; lo que cuestionan es que tales daños y perjuicios se retraigan o descuenten del valor de los activos afectos a la concesión, lo que supone o puede suponer un perjuicio de sus derechos económicos. Entienden que, al igual que sucede con el deber de conservación y mantenimiento, las consecuencias económicas que deriven del incumplimiento de una obligación de carácter personal no pueden ir en perjuicio de los derechos de los acreedores hipotecarios. Invocan en apoyo de su planteamiento el hecho de que la obligación de indemnización se encuentra recogida en el apartado 4 del artículo 166 de la LFCP, en apartado diferente al que regula la valoración de los activos que son la garantía de los créditos concedidos por las entidades hipotecarias, y que en ese apartado 1 nada se dice de la posibilidad de descuento de las responsabilidades del concesionario por daños al interés público a él imputables.

Aun siendo cierto el hecho de que el apartado 1 no contempla expresamente el que los daños y perjuicios al interés público imputables al concesionario deban descontarse de la valoración de los activos que revertirán a la Administración, ello no conlleva, a juicio de este Consejo de Navarra, su automática exclusión, siendo necesario realizar una interpretación integradora de la regulación referente a la resolución del contrato de concesión de obras y gestión de servicios. Y, en tal sentido, no puede desconocerse que el artículo 166 LFCP se refiere y regula los efectos inherentes a cualquier causa de resolución anticipada, causas previstas en el artículo 165, entre las que se encuentran algunas que son imputables a la conducta del concesionario y otras que no lo son. En todos los casos de resolución anticipada, en los que la Administración adquiere la titularidad de unos bienes financiados en todo o en parte por el concesionario, antes del transcurso del tiempo en el que el concesionario con el beneficio hipotético de la explotación de las obras o la prestación del servicio debería haberse compensado, resulta necesario proceder a la liquidación de la obra evitando

el enriquecimiento injusto de la Administración y el empobrecimiento del concesionario. Sin embargo, la necesidad de compensar los posibles daños y perjuicios al interés público como consecuencia de la resolución anticipada, sólo opera en aquellos casos en los que la resolución sea por causa imputable al concesionario.

Estas diferencias justifican que en el apartado 1 no se contemple más que la regla general de valoración de activos aplicables a cualquier causa de resolución y que el deber de indemnización se regula en el apartado 4 de modo independiente, pero no excluyente o incompatible.

Además, debe recordarse que el contrato de concesión de obra pública (artículo 140 LFCP) se efectúa a riesgo y ventura del concesionario que es quien asume los riesgos económicos derivados de la construcción y explotación en los términos establecidos en la Ley. Si las entidades financieras conceden un préstamo hipotecario sobre la concesión están asumiendo, en parte, el riesgo de la gestión del concesionario, ya que lo que es objeto de la hipoteca, como derecho real administrativo, es la “concesión” (no los bienes públicos), que como tal goza de un valor patrimonial y es susceptible de tráfico jurídico privado. Y la concesión está constituida por un conjunto de derechos y obligaciones del concesionario que determinan ese valor patrimonial. Por lo tanto, el valor neto de la concesión y de la garantía hipotecaria deberá ser el saldo resultante del valor de los derechos del concesionario descontando las obligaciones de todo orden, entre las que se encuentra la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que el concesionario haya causado al interés público.

En ese sentido cabe recordar que los acreedores hipotecarios de concesión administrativa (art. 107, sexta de la Ley Hipotecaria), no gozan de más derecho que el que se reconoce al titular de la concesión, como se colige del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, regla tercera, en la que se indica que: “Las inscripciones de hipotecas constituidas sobre obras destinadas al servicio público, cuya explotación conceda el Gobierno y que estén directa y exclusivamente afectas al referido servicio, se cancelarán, si se declarase resuelto el derecho del concesionario, en virtud del mismo título



en que se haga constar esa extinción y del documento que acredite haberse consignado en debida forma, para atender al pago de los créditos hipotecarios inscritos, el importe de la indemnización que en su caso deba percibir el concesionario”.

De ahí se ha deducido por el Tribunal Supremo, en cuanto a la situación en la que se encuentran los acreedores hipotecarios en caso de extinción de la concesión, que: “Las alegaciones que se realizan sobre que los terceros no tienen por qué soportar las consecuencias perjudiciales del comportamiento culpable de un concesionario si son totalmente ajenos a él olvidan que los acreedores no tienen otros derechos que los de ejecutar los bienes y derechos y subrogarse en las acciones que asistan al deudor, y si este no los tiene frente a la Administración, como se ha determinado al examinar la demanda de TERCOVI, tampoco los tienen sus acreedores» (STS 1 de julio de 2015, número 2116/2013).

Por encima de la protección de los intereses de los acreedores hipotecarios está la protección de los intereses públicos atribuidos a la administración. La legislación de contratos administrativos, en su momento la Ley 13/2003 de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas y en la actualidad en Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 262, al regular los derechos del acreedor hipotecario en el contrato de concesión de obra, le reconoce la posibilidad de requerir a la administración para que exija al concesionario la adopción de medidas encaminadas a evitar el deterioro de los bienes afectos a la concesión, así como, alternativamente, poder ejercer la acción de devastación contemplada por el artículo 117 de la Ley Hipotecaria. Igualmente, para preservar sus derechos, en los casos en los que proceda la resolución contractual por incumplimiento de las obligaciones del concesionario, el acreedor hipotecario puede solicitar subrogarse en la posición del concesionario para garantizar el cumplimiento del contrato y evitar los perjuicios que de la resolución se le puedan derivar. Por su parte, el artículo 263, al regular la ejecución de la hipoteca, claramente establece que el adjudicatario en el procedimiento de ejecución quedará subrogado en

la posición del concesionario. A juicio de este Consejo de Navarra, todas las medidas tendentes a la protección del acreedor hipotecario tienen como finalidad darle la opción de evitar los perjuicios que para su garantía hipotecaria (el valor de la concesión) se deriven del incumplimiento del concesionario, lo que evidencia que el acreedor hipotecario, en caso de resolución, asume los riesgos económicos derivados de la conducta del concesionario.

Por lo tanto, ese saldo final resultante, tras compensar todos los derechos y todas las obligaciones del concesionario, es el saldo al que tienen derecho los acreedores hipotecarios como derecho de prelación con respecto al concesionario en el caso de resolución anticipada conforme a lo establecido en el artículo 166.1 de la LFCP.

Una última cuestión debe precisarse en relación con la posibilidad de que la Administración descuente del valor de los bienes afectos a la concesión el importe de los daños generados como consecuencia del incumplimiento del concesionario, y es que conforme con lo establecido por el artículo 166.4 de la LFCP, en los supuestos de resolución imputable al contratista, procede la incautación de la fianza cuyo importe debe destinarse a compensar los daños y perjuicios ocasionados a la Administración, por lo que el descuento sobre el valor de los activos únicamente será posible con respecto a aquellas cuantías que excedan del importe de la fianza depositada por el concesionario.

Queda por último resolver si la cantidad resultante de la valoración de los activos afectos a la concesión, en los términos antes expuestos, debe abonarse al administrador concursal como garante de los derechos de los acreedores o si por el contrario, como solicitan las entidades crediticias, tienen un derecho preferente a recibir tales cantidades al margen del procedimiento concursal debiendo abonar al administrador concursal únicamente el sobrante después de solventar las obligaciones contraídas con aquellos.

A juicio de este Consejero de Navarra, las especialidades establecidas por el artículo 67 y disposición adicional segunda ter de la Ley Concursal

están encaminadas a proteger los intereses de la Administración Pública y las facultades que en relación con tales contratos se le otorgan a la Administración en defensa del interés público, pero no alcanzan a la protección del derecho de los acreedores hipotecarios a percibir el valor residual de los bienes afectos a la concesión, en compensación o liquidación por sus créditos hipotecarios, con exclusión de tales saldos de la masa concursal y en detrimento del resto de acreedores, máxime si se tiene en cuenta que el inicio del procedimiento de resolución contractual es posterior, en el tiempo, a la declaración de concurso voluntario de acreedores e, incluso, a la fecha en que el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pamplona aprobó mediante Auto el Plan de Liquidación presentado por la administración concursal.

Hay que recordar que, en interés del concurso, el artículo 56 de la Ley Concursal (en adelante, LC) prevé la paralización de las ejecuciones de garantías reales. Por su parte el artículo 57 de la LC somete a la jurisdicción del juez del concurso el inicio o reanudación de esas acciones, disponiéndose en su número 3 que: “Abierta la fase de liquidación, los acreedores que antes de la declaración de concurso no hubieran ejercitado estas acciones perderán el derecho de hacerlo en procedimiento separado. Las actuaciones que hubieran quedado suspendidas como consecuencia de la declaración de concurso se reanudarán, acumulándose al procedimiento de ejecución colectiva como pieza separada”. La Exposición de Motivos de la LC justifica estas previsiones en que con ello “se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva”. Y dichas reglas persiguen ofrecer un tratamiento justo a todos los implicados en el concurso, a fin de proteger el valor de la masa activa.

En consecuencia, y sin perjuicio de las acciones que las entidades hipotecarias puedan ejercer, este Consejo de Navarra considera que no existen razones para excluir tales saldos, cualquiera que sea su importe, de la masa activa y pasiva del concurso.

### **III. CONCLUSIÓN**

El Consejo de Navarra informa de manera parcialmente favorable 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 de Ultzama, de acuerdo con lo razonado en el cuerpo del presente dictamen.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.