

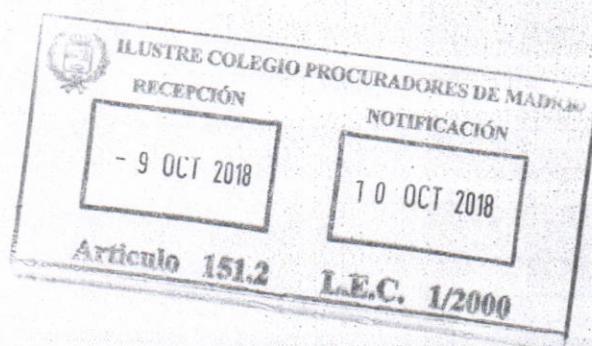


TRIBUNAL DE
CUENTAS

01013508

SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO
DEPARTAMENTO 2º

José Ortega y Gasset, 100
28006 - MADRID



CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

En el procedimiento de reintegro por alcance nº B-174/16, del ramo Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización de la Cuenta General del Consorcio de Gestión de Residuos de Gipuzkoa, Ejercicio 2012), Gipuzkoa, se ha dictado por la Excmo. Sra. Consejera, en fecha 8 de octubre de 2018 Sentencia cuya certificación se acompaña.

SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO
DEPARTAMENTO 2º

Y para su notificación a la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Lobera Argüelles, en representación de Dª Ainhoa Intxaurrendieta Exkurra, haciéndole saber que contra esta resolución pueden interponer recurso de apelación ante la Excmo. Sra. Consejera de Cuentas y para ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en el plazo de quince días a contar desde su notificación, de conformidad con lo prevenido en el artículo 85 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, por remisión del artículo 80.2 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, expido la presente cédula en Madrid, a ocho de octubre de dos mil dieciocho.

EL SECRETARIO,



Liu Vep

NOTIFICACIÓN. - En el día de hoy, de de 2018, me personé en el Salón de Procuradores y le hice entrega a la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Lobera Argüelles, en representación de Dª Ainhoa Intxaurrendieta Exkurra, de la copia certificada de la Sentencia dictada el 8 de octubre de 2018, por la Excmo. Sra. Consejera en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-174/16, así como de la oportuna cédula de notificación.

Y para que conste en el expediente de su razón, firma el interesado la presente cédula de notificación, conmigo el notificador.

EL INTERESADO,

EL NOTIFICADOR,

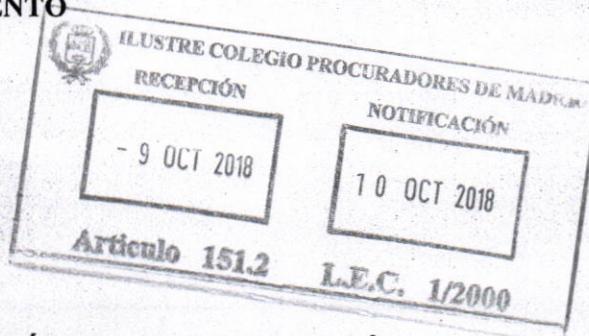


TRIBUNAL DE
CUENTAS

01013509

SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO
DEPARTAMENTO 2º

José Ortega y Gasset, 100
28006 - MADRID



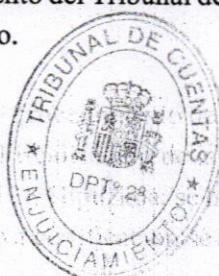
CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

En el procedimiento de reintegro por alcance nº B-174/16, del ramo Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización de la Cuenta General del Consorcio de Gestión de Residuos de Gipuzkoa, Ejercicio 2012), Gipuzkoa, se ha dictado por la Excma. Sra. Consejera, en fecha 8 de octubre de 2018 Sentencia cuya certificación se acompaña.

SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO

Y para su notificación a la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Lobera Argüelles, en representación de D. Iñaki Errazkin Vitoria, haciéndole saber que contra esta resolución pueden interponer recurso de apelación ante la Excma. Sra. Consejera de Cuentas y para ante la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, en el plazo de quince días a contar desde su notificación, de conformidad con lo prevenido en el artículo 85 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, por remisión del artículo 80.2 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, expido la presente cédula en Madrid, a ocho de octubre de dos mil dieciocho.

EL SECRETARIO,



NOTIFICACIÓN.- En el día de hoy, de de 2018, me personé en el Salón de Procuradores y le hice entrega a la Procuradora de los Tribunales Dª Isabel Lobera Argüelles, en representación de D. Iñaki Errazkin Vitoria, de la copia certificada de la Sentencia dictada el 8 de octubre de 2018, por la Excma. Sra. Consejera en el procedimiento de reintegro por alcance nº B-174/16, así como de la oportuna cédula de notificación.

Y para que conste en el expediente de su razón, firma el interesado la presente cédula de notificación, conmigo el notificador.

EL INTERESADO,

EL NOTIFICADOR,



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011382

DON JAIME VEGAS TORRES, SECRETARIO DEL PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO
POR ALCANCE n° **B-174/16** DEL DEPARTAMENTO SEGUNDO DE LA SECCIÓN DE
ENJUICIAMIENTO, DOY FE Y TESTIMONIO: Que en el presente
procedimiento se ha dictado la siguiente:

Juan Vep



01011385

DE JUICIO
SANTO DOMINGO

1991/01/15



SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO

DEPARTAMENTO SEGUNDO

CONSEJERA DE CUENTAS

EXCMA. SRA. DOÑA MARGARITA MARISCAL DE GANTE Y MIRÓN

S E N T E N C I A N Ú M . 1 3 / 2 0 1 8

En Madrid, a ocho de octubre de dos mil dieciocho.

Visto el procedimiento de reintegro por alcance nº B-174/16, del Sector Público Autonómico (Informe de Fiscalización de la Cuenta General del Consorcio de Gestión de Residuos de Gipuzkoa, Ejercicio 2012), Gipuzkoa, en el que han intervenido, como demandantes, las entidades Gipuzkoako Hondakinen Kudeaketa, SAU y el Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, que formularon demanda representados por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Castro Rodríguez bajo la dirección letrada de don Angel María Oyarzun Narváez y, como demandados, doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra y don Iñaki Errazkin Vitoria, quienes comparecieron y contestaron a la demanda representados por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Lobera Argüelles bajo la dirección letrada de don Aitor Iztueta Garaikoetxea, así como el Ministerio Fiscal que se ha adherido a la demanda, y de conformidad con los siguientes

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El 30 de junio de 2016 se recibieron en este Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento las actuaciones previas nº 317/15, cuya tramitación se acordó por Auto de 21 de julio de 2015 a petición del Fiscal Jefe ante el Tribunal de Cuentas, como consecuencia de presuntas irregularidades reflejadas en el Informe de Fiscalización del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas sobre la Cuenta General del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, ejercicio 2012, en relación al pago a la contratista de la indemnización por resolución del contrato para la redacción del proyecto, dirección facultativa construcción y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Gipuzkoa y al pago de indemnizaciones a dos trabajadores superiores a las establecidas en el Estatuto de los Trabajadores

SEGUNDO..- A la vista del contenido del acta de liquidación provisional que concluía, de forma previa y provisional, que los hechos señalados no reunían los requisitos establecidos en los artículos 49 y 72 de la Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas para generar responsabilidad contable por alcance, por diligencia de 30 de junio de 2016 se acordó oír por plazo común de diez días al Consorcio de Residuos de Gipuzkoa y al Ministerio Fiscal a los efectos de que se pronunciaran en punto a si procedía continuar con la tramitación del procedimiento en exigencia de responsabilidad contable o el archivo de las actuaciones.

TERCERO..- El Ministerio Fiscal, en escrito de 8 de julio de 2016, a la vista de las conclusiones de la Delegada Instructora, interesó la no continuación del presente procedimiento de reintegro por alcance.

CUARTO..- El Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, en escrito remitido por el Presidente de dicho organismo y recibido el 27 de julio de 2016, interesó la continuación del procedimiento.

QUINTO..- Por Auto de 1 de septiembre de 2016 se acordó continuar con la tramitación del presente procedimiento de reintegro por alcance, acordando la publicación de los hechos que pudieran generar responsabilidad contable en el Tablón de Anuncios de este Tribunal de Cuentas y en los Boletines Oficiales del Estado, del País Vasco y en el de la Provincia de Gipuzkoa y emplazar al Ministerio Fiscal, al Consorcio de Residuos de Gipuzkoa (en adelante, CRG o el Consorcio) y a la sociedad pública Gipuzkoako Hondakinen Kudeaketa, SAU (en adelante, GHK), a fin de que en el plazo de nueve días comparecieran en autos.

SEXTO..- Se publicaron los edictos en los Boletines Oficiales así como en el Tablón de Anuncios de este Tribunal y comparecieron en autos el Ministerio Fiscal, el 21 de septiembre de 2016; la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Castro Rodríguez, en representación del Consorcio de Gestión de Residuos de Gipuzkoa y de la sociedad Gipuzkoako Hondakinen Kudeaketa, SAU, asistida del letrado don Ángel Oyarzun Narváez, el día 7 de octubre de 2016; y doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra, quien al tener conocimiento del edicto publicado en el Diario Oficial de Gipuzkoa comparece el día 24 de octubre de 2016 representada por la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Lobera Arguelles asistida del Letrado don Aitor Iztueta Garaicoetxea.

SÉPTIMO..- Por diligencia de ordenación de 7 de noviembre de 2016 se ordenó dar traslado de las actuaciones a la representación procesal del



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011359

CRG y de la mercantil GHK, para que en el plazo de veinte días presentaran, en su caso, la demanda.

OCTAVO. - La representación procesal de doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra solicitó, en escrito recibido el día 18 de noviembre de 2017, copia de las actuaciones y del expediente administrativo.

NOVENO. - La representación procesal de CRG y de GHK, solicitó, en escrito recibido el 16 de noviembre de 2016, con suspensión del plazo para deducir demanda, copia en formato digital de las actuaciones.

DÉCIMO. - Por diligencia de ordenación de 22 de noviembre de 2016 se acordó hacer copia en formato digital de las actuaciones y remitirlas a la representación procesal de CRG y de la mercantil GHK, suspendiendo entre tanto el plazo para formular demanda.

UNDÉCIMO. - La representación procesal de CRG y de la mercantil GHK solicitó, en escrito recibido el 4 de enero de 2017 la suspensión del presente procedimiento de reintegro por alcance al apreciar la existencia de prejudicialidad respecto de los procedimientos que se estaban tramitando ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián (procedimiento ordinario 31/2014, que se encontraba pendiente de dictar Sentencia) y ante la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (recurso de apelación interpuesto contra Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Donostia-San Sebastián de fecha 13 de enero de 2015, dictada en el procedimiento ordinario 542/2013).

Por diligencia de 9 de enero de 2017 se dio traslado del anterior escrito a las partes a fin de que se pronunciaran sobre la suspensión solicitada.

DUODÉCIMO. - La representación procesal de CRG y de GHK presentó, el día 10 de enero de 2017, escrito al que acompañaba la Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2016 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián.

DECIMOTERCERO. - El Ministerio Fiscal, en escrito recibido el 31 de enero de 2017, manifestó no oponerse a la suspensión solicitada.

DECIMOCUARTO. - En escrito recibido el 21 de marzo de 2017, la representación procesal de CRG y de GHK SAU puso en conocimiento de este tribunal que la Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2016 dictada por el

Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Donostia-San Sebastián, había sido recurrida por doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra así como que la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, en Sentencia de 9 de marzo de 2017, confirmaba la Sentencia de fecha 13 de enero de 2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Donostia-San Sebastián.

DECIMOQUINTO. - Por Auto de 19 de mayo de 2017 se acordó no haber lugar a la suspensión del procedimiento solicitada.

DECIMOSEXTO. - La representación procesal de CRG y de GHK presentó escrito, el 12 de junio de 2017, recurriendo en reposición el anterior Auto de 19 de mayo de 2017, solicitando la suspensión del procedimiento en tanto no se resolviera el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 23 de diciembre de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº1 de Donostia-San Sebastián.

DECIMOSEPTIMO. - Por diligencia de ordenación de 14 de junio de 2017 se admitió dicho recurso y se dio traslado del mismo al Ministerio Fiscal y a doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra a los efectos de que pudieran impugnarlo.

DECIMOCAVO. - El Ministerio Fiscal, en escrito recibido el día 20 de junio de 2017, manifestó su oposición a la suspensión solicitada.

No se recibió ningún escrito de doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra.

DECIMONOVENO. - Por Auto de 8 de septiembre de 2017 se desestimó el recurso de reposición interpuesto por la representación de CRG y de GHK contra el Auto de 19 de mayo de 2017, acordando proseguir con las actuaciones.

VIGÉSIMO. - Por diligencia de ordenación de 11 de septiembre de 2017 se dio traslado de los autos a la representación de CRG y de GHK a fin de que presentaran en plazo de 20 días la demanda, si así lo estimaban oportuno.

VIGESIMOPRIMERO. - En escrito recibido el día 17 de octubre de 2017, la representación procesal de CRG y de GHK presentó demanda siendo su pretensión la de que se declarase la responsabilidad contable directa de don Iñaki Errazkin Vitoria y de doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra de los daños y perjuicios originados al CRG y a GHK como consecuencia de la



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011360

indebida resolución del contrato para la redacción del proyecto, dirección facultativa, construcción y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Gipuzkoa suscrita el 13 de noviembre de 2013.

En el petitum de la demanda solicita el reintegro de las siguientes cantidades:

- 8.190.000 euros abonados por GHK en concepto de indemnización
- 575.535 euros abonados por GHK en concepto de gastos de no ejecución del contrato
- 31.730.446,54 euros abonados por GHK por los SWAP desde la paralización del CRG hasta la fecha de presentación de la demanda (17/10/2017)

Igualmente solicita que se condene a don Iñaki Errazkin Vitoria y a doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra al reintegro de las cantidades que GHK SAU vaya abonando por los contratos SWAP con posterioridad a la presentación de la demanda, cuyo importe se fijará en ejecución de Sentencia sobre la base de las liquidaciones periódicas giradas por los bancos a GHK en el futuro hasta la extinción de la vigencia de los referidos contratos SWAP.

A dichos importes habría de añadirse el pago de los intereses legales desde la fecha en que se hicieron los distintos pagos por GHK, solicitando igualmente la condena en costas de los codemandados.

VIGESIMOSEGUNDO. - Por Decreto de 18 de octubre de 2017 se admitió a trámite la demanda formulada por la representación del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa y de GHK dando traslado de la misma a don Iñaki Errazkin Vitoria y a doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra para que pudieran contestarla en el plazo de veinte días, acordándose igualmente oír a las partes en punto a la fijación de la cuantía del presente procedimiento.

VIGESIMOTERCERO. - Doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra y don Iñaki Errazkin Vitoria contestaron la demanda mediante escrito que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal de Cuentas el día 1 de diciembre de 2017.

VIGESIMOCUARTO. - Por Auto de 15 de enero de 2018 se fijó la cuantía del presente procedimiento en CUARENTA MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y

CINCO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN EUROS CON CINCUENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (40.495.981,54 €).

VIGESIMOQUINTO. - Por diligencia de ordenación de 17 de enero de 2018 se señaló el día 19 de febrero de 2018 para celebrar la audiencia previa al acto del juicio.

VIGESIMOSEXTO. - En escrito recibido el día 5 de febrero de 2018 la representación procesal de CRG y de GHK aportó, conforme a lo anunciado mediante otrosí en su escrito de demanda, informe pericial elaborado por don Miguel Ángel Berzal Alonso y don Cristóbal Oraa Gil, solicitando que los mismos fueran convocados al acto del juicio conforme al artículo 337 LEC.

VIGESIMOSEPTIMO. - Por diligencia de ordenación de 7 de febrero de 2018 se dio traslado del referido informe a las otras partes para que se pronunciaran en plazo de cinco días a los efectos previstos en el artículo 337.2 LEC.

VIGESIMOCTAVO. - En escrito recibido el día 9 de febrero de 2018 la representación procesal de doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra y don Iñaki Errazkin Vitoria aportó, conforme a lo anunciado mediante otrosí en su escrito de contestación a la demanda, informe pericial elaborado por don Prosper Lamothe Fernández, solicitando que el mismo fueran convocado al acto del juicio conforme al artículo 337 LEC.

VIGESIMONOVENO. - La representación de don Iñaki Errazkin Vitoria, en escrito recibido el 9 de febrero de 2018, puso en conocimiento del tribunal la designación del Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Álava don Iker Urbina Fernández, a los efectos previstos en el artículo 57.2 LFTCu.

TRIGÉSIMO. - Por diligencia de 7 de febrero de 2018 se dio traslado del informe aportado por la representación de los codemandados a las otras partes para que se pronunciaran en plazo de cinco días a los efectos previstos en el artículo 337.2 LEC, teniéndose por hecha la designación del nuevo letrado del Sr. Errazkin.

TRIGESIOMOPRIMERO. - En escrito recibido el dia 16 de febrero de 2018 se puso en conocimiento del tribunal la Resolución de la presidencia de CRG y de GHK, por la que se efectuaba la designación como Letrados para la mejor defensa de sus intereses de doña Leire Lertxundi Beristain



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011361

y de don José Luis Martínez Fernández, quienes ejercerían sus funciones conjuntamente con don Ángel Oyarzun Narváez.

TRIGESIMOSEGUNDO. - La audiencia previa se celebró el día señalado. En dicho acto la actora solicitó que en la cantidad reclamada se cuantificara el importe de los pagos correspondientes a los contratos de cobertura financiera de tipos de interés (contratos SWAP) en TREINTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS OCIENTA Y NUEVE EUROS CON CUARENTA Y CUATRO CÉNTIMOS (36.342.389,44 €), esto es, añadiendo el importe de 4.611.942,90 euros al fijado en la demanda por este concepto, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se pudieran incluir otros pagos futuros de liquidaciones de los referidos contratos que se produzcan desde la fecha de presentación de la demanda (17/10/2017) y conforme se giren las citadas liquidaciones. Tras constatar la imposibilidad de acuerdo alguno entre las partes se propuso por los letrados de las partes la prueba que consideraron oportuna admitiéndose la que el tribunal consideró útil y pertinente, señalándose el día 12 de abril de 2018 para celebrar el acto del juicio.

TRIGESIMOTERCERO. - El día 12 de abril se celebró el juicio, en el que se practicó la prueba de interrogatorio de parte, de los testigos y la de ratificación e interrogatorio de los peritos que había sido admitida. Se acordó igualmente que las partes pudieran exponer sus conclusiones en día distinto.

TRIGESIMOCUARTO. Por diligencia de ordenación de 18 de abril de 2018 se fijó el día 10 de mayo a las 10.00 horas como fecha para reanudar el acto del juicio a fin de que las defensas de las partes pudieran exponer sus conclusiones, lo que se llevó a cabo en la fecha señalada.

II. HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - La sociedad pública GHK, firmó el 12 de mayo de 2011 un contrato con la UTE CGRG Gipuzkoa cuyo objeto era la Redacción del Proyecto, Dirección Facultativa y Ejecución de las obras de construcción, puesta en marcha y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Gipuzkoa.

En dicho contrato estaba prevista, de acuerdo con la planificación contenida en la Norma Foral 7/2008, una Planta de Valorización Energética localizada en Zubietza.

SEGUNDO. - La Planta de Valorización Energética prevista en el contrato estaba sobredimensionada, de manera que, de construirse conforme a lo previsto, los residuos susceptibles de valorización energética procedentes de Gipuzkoa no serían suficientes para garantizar el funcionamiento de la instalación.

TERCERO. - El 13 de noviembre de 2013 doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra, en calidad de Presidenta de GHK, y don Iñaki Errazkin Vitoria, en calidad de Consejero de GHK en representación de la Diputación Foral, firmaron con la UTE contratista un acuerdo de resolución contractual reconociendo a la misma el abono de los siguientes importes:

I.- Una indemnización por importe total de 8.190.000 euros en concepto de no ejecución de los contratos adjudicados a la UTE, conforme al siguiente detalle:

- el 3% de la parte no ejecutada de la construcción, cuantificada en 6.690.000 €

- el 3% de los cinco primeros años de explotación de las plantas proyectadas en el CGRG, cuyo valor asciende a 1.500.000

II.- El abono, en concepto de gastos generados hasta la fecha a la CGRG GIPUZKOA UTE, en estos dos últimos años, de los siguientes importes: 80.874,67 euros, en concepto de "servicios de ingeniería", soportada por la factura UTT198/10000000-2013, de 27 de noviembre de 2013 ; 92.796,92 euros, en concepto de "asistencias jurídicas" soportada en la factura UTT198/10000001-2013, también de 27 de noviembre de 2013; 401.863,41 euros, en concepto de coste de avales, soportada en la factura UTT198/10000003-2013, igualmente de 27 de noviembre de 2013.

El 20 de diciembre de 2013 se realizó una transferencia a la UTE por importe de 8.438.674,73 euros y el 19 de marzo de 2014 se realizó una segunda transferencia por importe de 3.000.000 euros.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. - La pretensión de responsabilidad contable ejercitada por la sociedad pública Gipuzkoako Hondakinen Kudeaketa y por el Consorcio de Residuos de Gipuzkoa, a la que se adhiere el Ministerio Fiscal, contra doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra y don Iñaki Errazkin Vitoria tiene como objeto reparar el presunto perjuicio causado a los fondos públicos



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011362

de la referida sociedad como consecuencia de la adopción del Acuerdo de 13 de noviembre de 2013 de resolver el contrato mixto para la redacción del proyecto, dirección facultativa, construcción y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Gipuzkoa, celebrado entre GHK y la Unión Temporal de Empresas constituida al efecto (UTE CGRG Gipuzkoa, en adelante, la UTE).

Dicho Acuerdo fue ratificado el día 25 de noviembre de 2013 por la Asamblea del Consorcio de Residuos de Gipuzkoa y venía motivado, según la demanda, por la intención de no construir la Planta de Valorización Energética (en adelante PVE).

Sostiene la parte actora que la resolución contractual vacía de contenido la Norma Foral 7/2008 que contemplaba la incineradora como la pieza de cierre del denominado sistema de gestión "en alta" de residuos urbanos en el Territorio Histórico de Gipuzkoa. La demanda considera, además, que el acuerdo resolutorio se adoptó por órgano incompetente, no está amparado en el interés general y no se ha hecho conforme a los principios de buena administración que deben regir la gestión de los fondos públicos y la contratación con dichos fondos, conforme a la normativa presupuestaria y a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Añade que en el caso que nos ocupa las Sentencias del orden jurisdiccional contencioso-administrativo que han sido dictadas por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 4 de Donostia-San Sebastián y, en grado de apelación, por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco consideran que la resolución del contrato está afectada de anulabilidad e incurre en desviación de poder.

A juicio de la actora el perjuicio resulta de tres pagos, que tienen su causa en el Acuerdo:

1) La indemnización, por importe de 8.190.000 euros, reconocida a la UTE CGRG Gipuzkoa, por la no ejecución de los trabajos que se le habían encomendado.

2) 575.535 euros, en concepto de gastos causados y abonados a la UTE en los dos años previos a la resolución, soportados en facturas.

3) Los pagos que se van realizando a causa de los contratos de cobertura de los riesgos de tipo de interés (contratos SWAP) de los

créditos concertados para la financiación del contrato mixto CGRG, cuantificados por las entidades actoras en el acto de la audiencia previa en 36.342.389,44 euros, correspondientes a las liquidaciones giradas hasta diciembre de 2017, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se añadan los importes de las liquidaciones que se puedan producir a partir de dicha fecha.

SEGUNDO..- Los demandados contestaron conjuntamente a la demanda y, si bien en el acto del juicio las defensas de cada uno de ellos formularon sus propias alegaciones, las mismas vinieron a reproducir, en lo sustancial, lo previamente alegado en el escrito de contestación, valorando de forma individualizada la prueba practicada.

En primer término, plantean dos cuestiones que afectan a la propia regularidad del procedimiento seguido: de una parte cuestionan la jurisdicción de este Tribunal de Cuentas por cuanto se suscita una cuestión ajena a la misma ya que el petitum de la demanda solicita la declaración de que la resolución contractual no fue conforme a Derecho y, de otra, advierten de una eventual extralimitación del objeto del proceso, que a su juicio estaría sólo constituido por las supuestas irregularidades contables en relación al pago al contratista de la indemnización por resolución del contrato mixto CGRG), las cuales fueron denunciadas por el Ministerio Fiscal y dieron lugar a las diligencias preliminares B-188/14 y a las actuaciones previas al presente procedimiento. Por ello consideran los demandados que debe acotarse el objeto del procedimiento a la cuantía indemnizatoria de forma que en ningún caso puede comprenderse en el mismo la legalidad o no de la resolución contractual, el pago de la indemnización en sí y de los gastos derivados de la no ejecución, ni los pagos realizados por los contratos SWAP.

Sobre lo que constituye propiamente el fondo del asunto alegan que el problema fundamental fue que la incineradora estaba sobredimensionada, con la consecuencia de que su funcionamiento no hubiera sido eficiente y además resultaría más costoso, tal y como se constata al haberse proyectado posteriormente una incineradora dimensionada a la baja. Ello hubiera obligado a incrementar las tarifas para poder cumplir con las previsiones de financiación. Además aducen como argumentos principales de oposición que el denominado acuerdo de resolución no es otra cosa que un acuerdo de voluntades, de carácter precontractual y privado, entre GHK y la UTE, que precisaba la aprobación por la Asamblea del Consorcio; que no



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011363

se aprecia vulneración de norma contable o presupuestaria en la resolución contractual; que los codemandados se encontraron en una situación de suspensión de facto de la incineradora debido a ese sobredimensionamiento; que con carácter previo a la resolución la UTE había sometido a arbitraje la continuación del contrato y solicitado, para caso de desistir del mismo, una indemnización de veinticinco millones de euros; en relación a los contratos de cobertura financiera alegan que se trata de pagos debidos, que se hubieran tenido que realizar independientemente de la resolución contractual, que no generan un saldo deudor injustificado y que además pudieran ser positivos para GHK.

TERCERO. - *Expuestas las alegaciones de las partes y antes de entrar a conocer del fondo de la pretensión, debe abordarse la cuestión de la eventual incompetencia de este Tribunal de Cuentas para conocer sobre este procedimiento, tal y como ha sido planteado en el escrito de contestación a la demanda y reproducida en el juicio por la defensa letrada de don Iñaki Errazkin Vitoria.*

Fundamenta dicha petición en que el petitum de la demanda se refiere a un asunto que excede de aquellos atribuidos al enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas pues literalmente suplica que se declare no conforme a derecho "la resolución contractual del contrato para la redacción del proyecto, dirección facultativa, construcción y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Gipuzkoa (CGRG) suscrita el 13 de noviembre de 2013" para posteriormente deducir la pretensión indemnizatoria contra los codemandados.

Manifiesta que la pretensión ejercitada se fundamenta en la ilegalidad del acuerdo de resolución contractual -que fue declarada incursa en desviación de poder por la jurisdicción contencioso-administrativa- y en que es contraria a la normativa de las Juntas Generales de Gipuzkoa; tan sólo en el acto del juicio razonó acerca de una eventual contravención de normativa contable o presupuestaria. Ahora bien, entiende que el acuerdo de resolución del contrato es propiamente un acuerdo de voluntades, que constituye una cuestión exclusivamente civil, respecto de la que manifiesta que no ha sido calificada como cuestión previa a los efectos previstos en el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas (en adelante, LOTCu).

Lo cierto es que consta indubitablemente en el suplico de la demanda que la pretensión formulada fue del tipo resarcitorio o indemnizatorio en

relación a unos eventuales perjuicios causados a los fondos públicos a causa de una resolución que se reputa indebida de un contrato que se califica como privado. La resolución de dicho contrato -que implica un acuerdo de voluntades entre las partes como señala la Sentencia núm. 499/2017, de 29 de diciembre del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco- se identifica como el acto jurídico causante del menoscabo que se denuncia, lo que conlleva, si fuera necesario para el enjuiciamiento sobre responsabilidad contable, la posibilidad de que este tribunal analice su conformidad o no con el ordenamiento jurídico.

El artículo 17.2 LOTCu establece que la extensión de la jurisdicción contable comprende "el conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales, salvo las de carácter penal, que constituyan elemento previo necesario para la declaración de responsabilidad contable y estén con ella relacionadas directamente". Con arreglo a este precepto, resulta incuestionable la competencia de este Tribunal para conocer acerca de la conformidad o no a derecho de la resolución contractual si ello fuera necesario a efectos de poder ejercer su jurisdicción sobre la cuestión que se le somete a enjuiciamiento, esto es, si los pagos que son consecuencia directa e inmediata de la resolución contractual constituyen un perjuicio a los fondos públicos generadores de responsabilidad contable.

Por todo ello no se aprecia la falta de jurisdicción alegada.

CUARTO.- Se plantea igualmente que el objeto del presente procedimiento -conforme a lo publicado en los edictos ordenados por Auto de 12 de septiembre de 2016-, lo constituyen las supuestas irregularidades contables en relación al pago al contratista de la indemnización por resolución del contrato para la redacción del proyecto, dirección facultativa, construcción y explotación del Centro de Gestión de Residuos de Gipuzkoa (CGRG), las cuales fueron denunciadas por el Ministerio Fiscal y dieron lugar a las diligencias preliminares B-188/14 y a las actuaciones previas al presente procedimiento.

Por ello, sostienen los demandados que debe acotarse el objeto del procedimiento a la cuantía indemnizatoria de forma que en ningún caso puede comprenderse en el mismo la legalidad o no de la resolución contractual, el pago de la indemnización en sí y de los gastos derivados de la no ejecución, ni los pagos de las liquidaciones de los contratos SWAP. Expresamente señalan que la resolución contractual, la fórmula de



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011364

cálculo de la indemnización y los abonos pactados no fueron considerados irregulares por el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas. Esta cuestión, planteada en el escrito de contestación, se reprodujo en el acto del juicio por la defensa de doña Ainhoa Intxaurrendieta Ezkurra.

Sobre este particular recordamos, de una parte, que el origen del presente procedimiento fue la solicitud del Fiscal Jefe ante este Tribunal de Cuentas, de 28 de noviembre de 2014, en la que a la vista de los hechos puestos de manifiesto en el Informe del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, observó irregularidades contables en la resolución del contrato del CGRG, cuestionando específicamente la legalidad y cuantía de los pagos realizados a la UTE, señalando expresamente lo reflejado en el Apartado II.2.1.1 del Informe de Fiscalización respecto al pago de la indemnización, esto es, que en su cálculo no se «descontaron los 2 hitos abonados conforme al calendario de pagos establecido en los pliegos del contrato por importe de 2,2 millones de euros cada uno, el primero en concepto de anticipo a la firma del contrato y el segundo a la aprobación del proyecto básico. No existe una liquidación o certificación final de los trabajos realizados que justifiquen los pagos realizados en función de los hitos».

El Fiscal denunciaba también un presunto exceso en las indemnizaciones satisfechas por GHK como consecuencia de la extinción de dos contratos laborales.

En razón de dicho escrito fue dictado, en cumplimiento del artículo 46.1 LFTCu, el Auto de 12 de septiembre de 2016 que venía a proponer el nombramiento de delegado instructor para la determinación y, en su caso, cuantificación de la existencia de un perjuicio a los fondos públicos.

Atendiendo a lo ordenado en el citado Auto, las actuaciones previas número 317/15 tuvieron por objeto la investigación de las presuntas irregularidades contables denunciadas por el Ministerio Fiscal en relación con las indemnizaciones pagadas por la extinción del contrato del CGRG y por la extinción de los contratos de trabajo, concluyendo con el acta de liquidación provisional de fecha 29 de junio de 2016 en la que la delegada instructora apreciaba que los hechos investigados relativos a dichas irregularidades no reunían los requisitos legalmente exigidos para generar responsabilidad contable por alcance.

Asiste la razón, pues, a la parte demandada cuando alega que la demanda se refiere a presuntas irregularidades contables que no formaron

parte del objeto de las diligencias preliminares ni de las actuaciones previas. De ello no se derivan, sin embargo, las consecuencias que dicha parte pretende ya que, según doctrina consolidada de la Sala de Justicia de este Tribunal de Cuentas, la fase de actuaciones previas no condiciona ni limita de manera alguna las pretensiones que se puedan formular por los sujetos legitimados en la demanda del procedimiento de reintegro por alcance.

Como afirma la Sentencia 6/2012, de 27 de marzo, "la fase de actuaciones previas no condiciona, ni lo que pueda decidir el órgano jurisdiccional, dentro de sus facultades, en el posible proceso que se inicie, ni que el demandante pueda formalizar o no su demanda, ni su contenido, ni las relaciones jurídicas subjetivas que puedan dimanar de esta última, sin perjuicio de los riesgos que todo demandante asume ante una posible desestimación de sus pretensiones" (en el mismo sentido, Sentencias 19/2013, de 17 de septiembre; 1/2008, de 5 de febrero y 14/2004, de 14 de julio, entre otras).

El procedimiento de reintegro por alcance, en cuanto cauce procesal de naturaleza jurisdiccional para el enjuiciamiento de pretensiones sobre responsabilidad contable, comienza con la demanda, disponiendo los demandados de plenas oportunidades dentro de dicho procedimiento para defenderse de todas las pretensiones que se hayan formulado frente a ellos en la demanda, estén basadas o no dichas pretensiones en los hechos que hayan sido objeto de investigación en las actuaciones previas. El objeto de este proceso, por tanto, se extiende a todas las pretensiones de responsabilidad contable formuladas en la demanda, sin que puedan ser acogidas las alegaciones de la parte demandada que pretenden reducir el objeto del proceso a las presuntas irregularidades denunciadas inicialmente por el Ministerio Fiscal.

QUINTO..- Entrando ya en el fondo del asunto, la demanda vincula la producción del daño cuya indemnización reclama al Acuerdo de fecha 13 de noviembre de 2013, firmado por los demandados con la UTE CGRG Gipuzkoa, por el que se acordó la resolución del contrato para la construcción y explotación del CGRG. El daño a los fondos públicos se concretaría, según la demanda, en los pagos realizados a la UTE en virtud del referido acuerdo resitorio, así como en los pagos realizados en virtud los contratos SWAP concertados para la cobertura de los riesgos de tipo de interés vinculados a la financiación del contrato resuelto.



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011365

Las pretensiones de la demanda se basan en que el pago de las indemnizaciones y demás consecuencias económicas del acuerdo de resolución del contrato del CGRG constituyen daño a los fondos públicos ya que, a juicio de los demandantes, la resolución contractual no hubiera debido tener lugar, era ilegal y se efectuó de manera irregular y contraviniendo la normativa emanada de las Juntas Generales de Gipuzkoa.

Frente a este planteamiento, los demandados alegan, entre otros motivos de oposición a las pretensiones de la demanda, que los pagos realizados como consecuencia de la resolución del contrato mixto, lejos de suponer un menoscabo de los fondos públicos de GHK y del Consorcio, llevaron consigo un ahorro, ya que evitaron la ejecución de una PVE sobredimensionada y técnicamente ineficiente, cuya construcción y puesta en funcionamiento hubiera generado unos costes mayores.

Conviene analizar esta cuestión pues de ella depende que pueda apreciarse o no que la actuación de los demandados ha generado daño a los fondos públicos de las entidades actoras, lo que constituye el presupuesto básico de la responsabilidad contable ya que, de no existir o no resultar acreditado el daño, no cabría apreciar responsabilidad contable alguna sin necesidad de enjuiciar el mayor o menor ajuste a la legalidad presupuestaria y contable de la conducta de los demandados.

La demanda considera que todos los desembolsos realizados como consecuencia del acuerdo entre GHK y la UTE para resolver el contrato mixto, así como los pagos que se continúan realizando en virtud de los contratos SWAP suscritos, constituyen daño a los fondos públicos de GHK y del Consorcio.

Ciertamente, todos los desembolsos realizados como consecuencia de la resolución del contrato podrían considerarse perjudiciales para los fondos públicos de GHK si la consecuencia de la no resolución hubiese sido simplemente la normal ejecución del contrato y explotación de las instalaciones conforme a las previsiones en que se basó la decisión de contratación. Ahora bien, si la opción de no resolver el contrato hubiera llevado aparejados costes económicos adicionales a los de las inversiones y desembolsos inicialmente previstos, los pagos realizados como consecuencia de la resolución contractual únicamente podrían considerarse dañosos en la medida en que su importe excediera de esos costes económicos adicionales que hubiera supuesto la no resolución.

En el presente caso, los demandados alegan que la planta incineradora proyectada estaba sobredimensionada y que, por ello, en caso de que el contrato no hubiera sido resuelto y se hubiera construido y ejecutado la referida planta conforme a las previsiones contractuales, el resultado habría sido la existencia de una instalación como mínimo ineficiente, con unos costes de explotación muy superiores a los inicialmente previstos como base de la decisión de contratación y, en el peor de los casos, completamente inútil si el sobredimensionamiento hubiese excedido de ciertos niveles, a partir de los cuales no es viable técnicamente el funcionamiento de la planta.

Por otro lado, se alega que cuando se concluyó el acuerdo de resolución con la UTE, ésta había promovido un procedimiento arbitral por incumplimiento del contrato en el que reclamaba una indemnización muy superior al importe que finalmente se pagó en virtud del acuerdo, por lo que, de no haberse pactado la resolución por mutuo acuerdo, GHK podría haber sido condenada al pago de cantidades mayores a las satisfechas en virtud del acuerdo.

La prueba obrante en autos acredita suficientemente, a juicio de este tribunal, que la PVE cuya construcción y explotación constituye objeto del contrato del CGRG estaba, efectivamente, sobredimensionada.

Así se puso de manifiesto tempranamente en las Notas Técnicas de la firma de ingeniería IBH, de fechas 15 de junio de 2009 y 16 de diciembre de 2009, aportadas con la contestación la demanda como documentos 10 y 11. En ambos documentos se afirma que "considerando el supuesto caso de cumplirse las prognosis más favorables de generación de residuos, la PVE funcionará muy por debajo de su carga de diseño".

Obra igualmente en las actuaciones un mensaje de correo electrónico remitido por D. Juan Lari Carrillo, Project Manager de la firma de ingeniería mencionada, fechado el 5 de mayo de 2010, sobre "Potenciales riesgos detectados", en el que, entre otros puntos, se informa sobre un "riesgo técnico, aporte de residuos al CGRG", advirtiendo que "la diferencia entre el aporte de residuos estimado inicialmente en el PIGRUG y el aporte real finalmente entrante en el CGRG a partir de la fecha de la puesta en marcha puede representar un riesgo potencial" y concluyendo que "la Planta de incineración está sobredimensionada".

El informe de la firma de ingeniería Altair, fechado en octubre de 2013 y titulado "Análisis actualizado del documento de progreso 2008-2016



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011366

(PIGRUG 2002-2016)" pone igualmente de manifiesto que la PVE contratada estaba sobredimensionada. Así, tras constatar que "el CGRG contratado tenía una capacidad de diseño bruta de 320.000 t/año con una PVE contratada de capacidad nominal 260.000 t/año con un PCI medio de 2.960 kcal/kg.", señala que "una planta de valorización energética de capacidad de 134.000 toneladas anuales sería suficiente para el tratamiento de los residuos de Gipuzkoa."

Por último, consta igualmente en las actuaciones el Pliego de Prescripciones Técnicas del denominado Complejo Medioambiental de Gipuzkoa Fase 1, así como el Proyecto Básico de dicho Complejo, aprobados en julio de 2016 por la Asamblea General del Consorcio, documentos que contemplan la construcción de una PVE de dimensiones inferiores a la prevista en el contrato inicial resuelto por los demandados, lo que confirma también que la PVE inicialmente prevista estaba sobredimensionada. En los referidos documentos, por lo demás, se señala expresamente que "se ha determinado que, la instalación de valorización energética inicialmente planteada, tiene una capacidad muy superior a la necesaria actualmente (aproximadamente un 30%): 260.000 t/año iniciales frente a las 194.192 t/año resultantes del nuevo estudio".

Cabe concluir, por tanto, que el sobredimensionamiento de la PVE inicialmente proyectada, a la que se refiere el contrato cuya resolución constituye la base de las pretensiones de la demanda, está cumplidamente acreditado por la documentación obrante en las actuaciones.

Ahora bien, si el daño en el presente caso se determina comparando el coste de la resolución del contrato con el que habría tenido la no resolución del mismo, la parte actora parece partir de la base de que la no resolución no habría tenido coste alguno, ya que reclama en su demanda la totalidad de los costes que entiende derivados del acuerdo de resolución.

Este planteamiento de la demanda no puede ser acogido, fundamentalmente porque la "no resolución", a secas, no era en este caso una opción viable, habida cuenta del sobredimensionamiento de la PVE objeto del contrato resuelto, que hacía ineficiente, si no directamente inviable, la planta. A este respecto es significativo el informe del interventor del Consorcio, Sr. Elortondo Bergaretxe, fechado a 30 de octubre y titulado "Actualización de viabilidad del CGRG a datos octubre de 2013". Dicho informe se emite en cumplimiento de las previsiones del

contrato firmado con el BEI a fin de recalcular la tarifa para garantizar la suficiencia financiera. A tal efecto se utiliza la misma hoja de cálculo en que se basó la determinación inicial de la tarifa, actualizando determinados datos: precio de venta de metales, prognosis de residuos y tabla denominada balance de masas. De esta actualización resulta, según el informe, que para mantener la viabilidad financiera del proyecto sería necesario incrementar la cantidad facturada a las mancomunidades, lo que supondría para éstas un sobrecoste total que solo en el ejercicio 2014 ascendería a cerca de once millones de euros.

Por otro lado, el testigo D. Antton Lete, Ingeniero industrial, que fue Director General del Consorcio entre 2012 y 2015, manifestó que dada la captación de residuos que se estaba produciendo en Gipuzkoa y la previsión que había, el punto de funcionamiento de la instalación iba a estar fuera del denominado diagrama de combustión autosostenida, es decir, que la planta no podría funcionar, salvo que se trajera combustible de otro sitio o se injectara gas.

La no resolución del contrato, en definitiva, habría supuesto, como mínimo, que las mancomunidades hubieran tenido que soportar un fuerte sobrecoste respecto de las tarifas inicialmente previstas, y podría haber dado lugar, en último caso, si no se hubiera podido suministrar combustible adicional para llegar al mínimo necesario para el funcionamiento de la incineradora, a que ésta se hubiese convertido en una instalación inservible.

No siendo, por tanto, una opción viable para los entonces gestores de GHK mantener la vigencia del contrato mixto en los términos en que se había pactado, no es posible establecer la existencia de un perjuicio para GHK y el Consorcio partiendo de que dicha opción era posible y de que no habría supuesto ningún coste adicional a la inversión y gastos previstos en el contrato.

Ello es así, hasta el punto de que la propia parte actora, en sus alegaciones en el trámite de conclusiones, vino a admitir el sobredimensionamiento de la planta inicialmente proyectada, centrando sus reproches a los demandados, no en el hecho de no haber permitido, con la resolución, que el contrato del CGRG se cumpliera en su integridad, sino en no haber optado, en lugar de por la resolución del contrato, por una modificación del mismo que permitiera un redimensionamiento de la infraestructura.



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011367

De acuerdo con este planteamiento, no exactamente coincidente con el de la demanda, el perjuicio debería determinarse poniendo en relación el coste que tuvo la resolución del contrato mixto con el que habría tenido la solución alternativa al sobredimensionamiento de la PVE que, según la parte actora, se habría debido seguir en lugar de la resolución contractual.

Hay que tener en cuenta, en cualquier caso, las reglas sobre distribución de las cargas de alegación y prueba que rigen en esta jurisdicción, conforme a las cuales corresponde a la parte actora la carga de alegar oportunamente y probar el menoscabo que considere que se ha producido en los fondos públicos, menoscabo que, como establece el artículo 59.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas deberá ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a determinados caudales o efectos.

En el caso que nos ocupa, la demanda se refiere exclusivamente a unos daños cuantificados sobre la base de que el contrato no debió resolverse, sino continuar su normal ejecución. Sólo de manera tardía, en el acto del juicio, la parte actora introduce el nuevo planteamiento basado en que la alternativa a la resolución debió ser una modificación del proyecto, de acuerdo con lo previsto en el punto 35.9 del PCAP, para redimensionar la infraestructura objeto del contrato.

Ahora bien, incluso pasando por alto la posible extemporaneidad de la alegación, para que pudieran prosperar las pretensiones de las entidades demandantes con base en que los demandados debieron optar por la modificación del proyecto en lugar de por la resolución del contrato, la parte actora debería haber probado el perjuicio, esto es, que el coste de la resolución ha sido superior al que habría tenido la modificación del proyecto, y exactamente en qué medida. Pero esta prueba no existe en absoluto. El informe pericial de la firma Ernst & Young aportado por las entidades actoras calcula los daños que entiende causados por la resolución del contrato considerando tales todos los pagos que no se habrían realizado en caso de que no se hubiera firmado el acuerdo de resolución, sin tener en cuenta que el contrato, en los términos en que fue concluido, conducía a unas instalaciones inviables, ni considerar, por tanto, ninguna respuesta alternativa al problema del sobredimensionamiento.

Hay que tener en cuenta que no cabe presumir que la modificación del proyecto al amparo de las previsiones de PCAP no fuera a tener coste alguno para GHK y el consorcio. De acuerdo con las previsiones del Pliego, los únicos cambios en el proyecto que GHK podía imponer sin coste eran los "cambios menores que estime convenientes y que no influyan en el precio, características técnicas principales o planificación de las obras" (35.9.2.1 PCAP). Para modificaciones de mayor alcance, como sin duda habría sido la que nos ocupa, el PCAP contempla la tramitación de un expediente, la necesidad de consentimiento de las entidades financieras que financien parcialmente el pago del precio, así como la necesaria conformidad del contratista a la propuesta de GHK sobre modificación de precios, contemplándose la solución mediante arbitraje de las eventuales discrepancias surgidas al respecto.

La modificación del proyecto para corregir el sobredimensionamiento de la PVE habría requerido, por tanto, negociaciones con el contratista y las entidades financieras, que hubieran comportado, más que previsiblemente, modificaciones en precios y plazos de ejecución, así como pagos u otras compensaciones por los trabajos ya realizados y perjuicios que para la contratista pudieran derivar del cambio. En estas circunstancias, no cabe presumir que la modificación del proyecto se habría podido realizar sin coste alguno para GHK, sino más bien al contrario, que dicha modificación habría tenido un coste. En consecuencia, no habiéndose acreditado por la parte actora que la modificación contractual podría haberse hecho sin coste para GHK, ni que el eventual coste de la modificación habría sido menor que el de la resolución contractual pactada por los demandados, no se puede considerar probado que dicha resolución haya supuesto un daño a los fondos públicos de GHK, lo que excluye que pueda apreciarse la existencia de responsabilidad contable por este concepto.

La parte actora insiste en que la resolución del contrato mixto fue una actuación contraria a Derecho por resultar incompatible con la Norma Foral 7/2008, y que la única solución al problema de sobredimensionamiento de la PVE conforme con la indicada norma sería la modificación del proyecto de acuerdo con las previsiones del PCAP. Ahora bien, aunque asistiera la razón a la actora en esto, para que se pueda apreciar la existencia de responsabilidad contable es necesario, pero no suficiente, que se haya producido una actuación no conforme a Derecho, siendo requisito indispensable que esa actuación haya causado un



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011368

perjuicio a los fondos públicos, lo que en este caso no ha resultado acreditado.

Es circunstancia relevante también en el presente caso, que los demandados no tuvieron intervención alguna en la contratación de la PVE sobredimensionada. A este respecto, si se entendiera que, como consecuencia del sobredimensionamiento de la infraestructura inicialmente proyectada, GHK tuvo que afrontar unos costes, sean los de la resolución del contrato o los que hubiera generado la modificación del proyecto, que no habría tenido que soportar si el proyecto inicial hubiese previsto una instalación correctamente dimensionada, dichos costes serían imputables exclusivamente a la contratación de la incineradora mal dimensionada, contratación en la que los demandados en este procedimiento no tuvieron intervención alguna.

Y también se debe tener en cuenta que la actuación de los demandados que se enjuicia en el presente procedimiento, y a la que los actores vinculan la producción del daño cuya indemnización reclaman, es, exclusivamente, la firma del acuerdo de resolución contractual. Este acto se limitó a impedir la construcción y explotación de la incineradora inicialmente proyectada, que era inviable, pero no supuso obstáculo alguno fáctico ni jurídico para que, posteriormente, se pudiera contratar la construcción de otra instalación correctamente dimensionada. Podría plantearse si, para alcanzar el mismo resultado final (una incineradora de dimensiones adecuadas), habría sido menos costoso modificar el contrato inicial que resolverlo y hacer una contratación nueva, pero, no habiéndose aportado prueba alguna sobre tal extremo, nos encontrariamos ante unos posibles daños meramente hipotéticos que en ningún caso pueden servir de base para la apreciación de responsabilidad contable.

SEXTO. - Desde otro punto de vista, se cuestionan también por diversas razones las diversas partidas en que se articula la indemnización reconocida y pagada a la UTE como consecuencia del acuerdo de resolución.

De la documental obrante en autos y de los propios escritos de demanda y contestación, consta que los 11.000.000 € abonados a la UTE lo fueron en los siguientes conceptos:

- a) 575.535 euros como gastos generados por la no ejecución del contrato:

- costes financieros de avales: 401.863,41 €
 - gastos de subcontratación servicio de ingeniería: 80.874,67 €
 - gastos asesoramiento jurídico a la adjudicataria: 92.736,92 €
- b) 2.234.465 euros correspondientes al pago de la factura del proyecto básico. Esta cantidad no se reclama en la demanda.
- c) 8.190.000 euros en concepto de indemnización

Además de dichos pagos, se han realizado los correspondientes a la liquidación de los contratos de cobertura financiera, que entiende la parte demandante resultan injustificados debido a que la resolución contractual hizo perder el objeto y finalidad a dichos contratos, los cuales siguen vigentes a día de hoy.

Conviene analizar cada uno de los conceptos abonados de forma particular.

Respecto al pago de la indemnización (8.190.000 €), la actora considera que vulnera el artículo 25 del 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 (LCSP) y que constituye un pago que no se habría producido de no mediar la resolución contractual. Siendo ésta la única razón por la que dicho pago se considera dañoso, basta para desestimar las pretensiones de la demanda referidas a este pago la remisión a lo razonado arriba acerca de la ausencia de prueba del daño ocasionado por la resolución contractual. Siendo cierto que la resolución del contrato dio lugar al pago a la UTE de una indemnización en la cuantía señalada, también lo es que dicho pago únicamente puede considerarse dañoso en la medida en que haya supuesto para GHK un coste superior al que habría tenido que afrontar si se hubiese optado por la modificación del proyecto prevista en el PCAP. No existiendo prueba alguna que acredite este último extremo, no cabe considerar acreditado que el pago de los 8.190.000 euros en concepto de indemnización haya supuesto un daño a los fondos públicos de las entidades actoras.

El Acuerdo de resolución del contrato (cláusula Cuarta) preveía asimismo el abono a la UTE de un importe de 2.810.000 euros en concepto de gastos generados a la misma durante los dos últimos años. Ese importe



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011369

incluía junto a los 2.234.465, euros, correspondiente a la aprobación del proyecto básico, que constituye un hito del contrato, realizado por la UTE y que no se incluye en la demanda, el importe de 575.535 euros, suma de los pagos que se relacionan a continuación y que entiende la actora que constituye un menoscabo a los fondos públicos:

Factura	Fecha	Concepto	Importe (€)
UTT198/10000000-2013	27-11-2013	Servicios ingeniería	80.874,67
UTT198/10000001-2013	27-11-2013	Asistencias Jurídicas	92.796,92
UTT198/10000003-2013	27-11-2013	Coste de avales	401.863,41

En relación a estos pagos considera la demanda que no eran debidos puesto que el Consorcio de Residuos adoptó, el 22 de diciembre de 2011, el acuerdo de suspensión del contrato mixto, no constando que se hubiera realizado prestación alguna del contrato, que no fueron facturados con anterioridad a la resolución, que no se corresponden con los hitos del contrato, sino que tienen por causa la resolución y que no describen en qué consisten los trabajos.

En relación a los contratos de ingeniería y asistencia jurídica, a la vista del informe pericial elaborado por don Miguel Ángel Berzal Alonso y don Cristóbal Oraa Gil, de EY Forensic, aportado por la actora, la reclamación de la parte actora se basa en lo siguiente:

- Servicios de ingeniería (80.875 euros, IVA excluido). La única documentación soporte justificativa es una factura de 15 de mayo de 2012, por el importe referido, emitida por la empresa Ramboll UK Limited, por los siguientes conceptos:

- "Initial payment upon authorisation by GHK of the subcontract", que se traduce como "pago inicial previa autorización por GHK de la subcontratación"
- "Time charge for the period from ATP to 30th November 2011", que se traduce como "honorarios por el periodo desde la autorización para el inicio del trabajo hasta el 30 de noviembre de 2011"

- Asistencias jurídicas (92.797 euros, IVA excluido). El pago corresponde a dos facturas del despacho de asesores de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, por los siguientes conceptos e importes:

- "Honorarios profesionales devengados hasta el 31 de diciembre de 2012 por asesoramiento jurídico, conforme a nuestra propuesta de fecha 1 de junio de 2011", de fecha 31 de diciembre de 2012, por importe de 34.772 euros.
- "Honorarios profesionales devengados por el asesoramiento a la UTE CGR sobre la planta incineradora de Zubietza desde el 1 de enero de 2013 hasta el 30 de octubre de 2013", de fecha 1 de noviembre de 2013, por 60.231 euros, más 484 euros por suplidos, excluido el IVA.

En estos dos supuestos, GHK carece de documentación soporte adicional sobre dichos servicios. A juicio de los peritos, y conforme a las explicaciones recibidas del Director General y del Responsable del Área Financiera de GHK, los citados servicios no supusieron una inversión aprovechable, y no se corresponden con ninguno de los hitos cuantificables estipulados en el contrato de 12 de mayo de 2011, por lo que el pago está directamente vinculado al Acuerdo de resolución.

- Coste de avales (401.863 euros). La única documentación de la que dispone GHK son ocho certificados emitidos por distintas entidades financieras a las empresas que componen la UTE.

Fecha	Entidad Financiera	Concepto	Importe (€)
10/01/2012	Caja de seguros reunidos. Cia de seguros y reaseguros S.A.	Prima seguro de caución del 18/10/10 al 10/01/12	4.407
18/11/2013	Banco Popular Español, S.A.	Comisiones 11/03/2011- 13/11/2013	64.204
25/11/2013	Caixa Catalunya	Comisiones 10/03/2011- 25/11/2013	59.407
25/11/2013	Banco de Sabadell, S.A.	Comisiones 10/03/2011- 30/09/2013	33.229
25/11/2013	Banco de Sabadell, S.A.	Comisiones 10/03/2011- 30/09/2013	27.212
25/11/2013	Banco de Sabadell, S.A.	Comisiones 10/03/2011- 30/09/2013	26.713
25/11/2013	Banco de Sabadell, S.A.	Comisiones 10/03/2011-	26.583



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011370

Fecha	Entidad Financiera	Concepto	Importe (€)
		30/09/2013	
22/11/2013	Banco de Sabadell, S.A.	Comisiones 11/03/2011- 30/09/2013	156.561
	Total		398.316

De acuerdo con la cláusula 23.2 PCAP y la cláusula sexta del contrato de adjudicación, la UTE tiene obligación de constituir avales por 25 millones de euros (5% del valor de adjudicación, más un 5% del Precio Ofertado de Inversión) con carácter previo a la firma del contrato.

Por todo ello el informe pericial concluye en que GHK no hubiera pagado dicho importe de no mediar la resolución contractual, puesto que su pago no representa una inversión aprovechable para GHK y el coste de los avales no corresponde con ninguno de los hitos cuantificables estipulados en el contrato.

La razón por la que el informe pericial considera, por tanto, que el importe de 575.535 euros que se pagó por GHK a la UTE por los conceptos indicados en las tablas anteriores supone un daño a los fondos públicos de GHK es, exclusivamente, que dichas cantidades no habrían sido debidas por GHK a la UTE si no se hubiese resuelto el contrato. Esta sería la diferencia entre estas cantidades y los 2.234.465 euros, pagados por la entrega del proyecto básico, que no son reclamados en la demanda porque esta sí sería una cantidad que GHK hubiera tenido que pagar a la UTE si el contrato no hubiera sido resuelto.

Ahora bien, se ha de volver a insistir en que el hecho de que GHK hiciera determinados pagos a la UTE vinculados exclusivamente a la resolución del contrato, y que no se hubieran efectuado, por tanto, en caso de que el contrato no hubiera sido resuelto, no determina, por si solo, que se haya ocasionado un daño a los fondos públicos de la entidad. Teniendo en cuenta la inviabilidad del contrato inicialmente pactado, para establecer la existencia de un daño y cuantificar su importe habría sido necesario acreditar que los costes que para GHK supuso la resolución contractual (y que no se hubieran producido sin ella) superan a los costes que habría tenido la modificación del proyecto sin resolver el contrato (y que no se habrían producido sin la modificación). Nuevamente, la inexistencia de prueba alguna a este respecto impide apreciar que los

pagos que nos ocupan hayan ocasionado un menoscabo de los fondos públicos de GHK.

SÉPTIMO. - Desde otra perspectiva, en relación también con la cuestión de si los pagos efectuados por GHK a la UTE en virtud del acuerdo de resolución del contrato pueden considerarse o no dañosos para los fondos públicos de GHK, hay que tener en cuenta que, al tiempo de pactarse la resolución del contrato se encontraba pendiente un procedimiento arbitral, en el que la UTE reclamaba a la sociedad pública una indemnización de 25 millones de euros. Un mes antes de la resolución del contrato, GHK y la UTE firmaron un acuerdo por el que la UTE desistía del arbitraje y GHK devolvía a la UTE los avales que había prestado en garantía del cumplimiento de sus obligaciones en el contrato; en el mismo documento se comprometían a negociar un acuerdo definitivo sobre sus discrepancias, reservándose la UTE el derecho a iniciar un nuevo procedimiento arbitral si no se alcanzaba dicho acuerdo definitivo en el plazo establecido. Este acuerdo, fechado el 6 de octubre de 2013, es el antecedente del posterior acuerdo de resolución del contrato de 13 de noviembre del mismo año, en el que, entre otros puntos, se pacta que, una vez cumplidas las obligaciones asumidas por ambas partes, GHK y la UTE "se consideran resarcidas por todos los conceptos derivados de la resolución del contrato" del CGRG, y que, en consecuencia, ni una ni otra entidad "tienen nada más que decir ni reclamar por ningún concepto o derecho, tras el cumplimiento de los acuerdos contenidos en el presente documento".

Estas previsiones dotan al acuerdo de resolución del contrato de un carácter netamente transaccional, en cuanto contrato que evita la provocación de un pleito, pues de no haberse alcanzado el acuerdo resolutorio entre GHK y la UTE, ésta habría promovido un nuevo procedimiento arbitral, tal como se anunciaba en el acuerdo previo de 3 de octubre.

Pues bien, tratándose de acuerdos de naturaleza transaccional, el eventual coste económico que el acuerdo pueda suponer para la entidad pública tiene como contrapartida el beneficio que supone para la entidad evitar el pleito. Es este beneficio lo que se debe valorar a fin de determinar si el coste económico soportado para alcanzar el acuerdo puede considerarse adecuado o si, por resultar dicho coste desproporcionado, podría haber dado lugar a un perjuicio a los fondos públicos. Desde esta perspectiva resulta irrelevante si las cantidades que la entidad pública



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011371

haya aceptado pagar a cambio de evitar un litigio corresponden o no a bienes o servicios recibidos por o provechosos para la entidad. Lo que se paga con la indemnización no son bienes o servicios recibidos, sino la renuncia de la contraparte a promover un proceso judicial o arbitral contra la entidad pública.

En el caso presente se cuestiona el pago de unas cantidades que se pactan en el marco de una situación conflictiva entre GHK y la UTE y que tiene por finalidad evitar que el conflicto derive en un procedimiento arbitral de incierto resultado. De ahí que, como se ha dicho, los parámetros para enjuiciar si el pago estaba o no justificado no puedan ser los mismos que se aplican a los pagos realizados como contraprestación de la entrega de bienes o de la prestación de servicios. Tratándose del reconocimiento de una indemnización con el fin de evitar un pleito el carácter justificado o injustificado del pago debe valorarse teniendo en cuenta, en primer lugar, si existía realmente una situación conflictiva que pudiera derivar en un litigio en el que GHK pudiera resultar vencida y, en segundo lugar, de concurrir esta primera circunstancia, si la cantidad satisfecha puede considerarse proporcionada atendiendo a los perjuicios que para GHK podría suponer un resultado desfavorable en el eventual litigio. En relación con lo primero, resulta innegable la existencia de una situación de conflicto entre el GHK y la UTE, puesta de manifiesto por la demanda de arbitraje presentada por la UTE reclamando a GHK una indemnización de 25 millones de euros por incumplimiento del contrato. Cabe apreciar también que, en caso de haberse dirimido el conflicto en un procedimiento arbitral, existía un riesgo real de que el resultado no hubiera sido favorable a la sociedad pública. A este respecto la propia parte actora, en su demanda, hace referencia al procedimiento arbitral promovido por la UTE frente a GHK, haciendo notar que en junio de 2013 "la tensión entre la UTE y GHK era máxima y la responsabilidad de GHK en caso de una reclamación por parte de la UTE era evidente" (página 42).

Muy significativos resultan también, a fin de valorar el riesgo real de que la demanda arbitral de la UTE prosperase, los argumentos que fundamentaron la resolución por la que el árbitro designado estimó, al apreciar la existencia de apariencia de buen derecho, la solicitud de medidas cautelares. En dicha resolución (documento 24 de los aportados con la demanda) se tiene por acreditado, entre otros hechos, "que GHK ha venido retrasando y obstaculizando el normal desenvolvimiento del CONTRATO por la vía de: (i) intentar suspender la eficacia del acuerdo

del Consejo de Administración de GHK de 13 de octubre de 2011, sometiendo a reconsideración la aprobación del Proyecto Básico Definitivo del CGRG; (ii) acordar la suspensión temporal por plazo de seis meses del CONTRATO sin indemnización por acuerdo del Consejo de Administración de GHK de 19 de enero de 2012, aunque ello de conformidad con la cláusula 46 del Pliego; (iii) suspender de facto la ejecución del contrato, sin contestar a los reiterados requerimientos del contratista para que GHK aclarase su posición respecto a la continuación del contrato". Igualmente se tuvo por acreditado, como hecho notorio y de público conocimiento, "que se ha producido un cambio en el control político de GHK, sociedad unipersonal, liderado por BILDU que mantiene públicamente una postura contraria a la construcción del CGRG objeto del CONTRATO, abogando por otras soluciones e infraestructuras para el tratamiento de los residuos en Gipuzkoa". La resolución arbitral concluye, en definitiva que "esto, unido a los anteriores hechos, apuntaría indiciaria y aparentemente a una conducta por parte de GHK que podría ser calificada de incumplimiento contractual, suspensión irregular del contrato o desistimiento del mismo, sujeto a consecuencias resolutorias o extintivas del contrato, así como a consecuencias indemnizatorias". A la vista de estos pronunciamientos, parece fuera de discusión que, de haber seguido adelante el procedimiento arbitral, existía un riesgo real de que su resultado final hubiese sido desfavorable para GHK.

Respecto a la segunda cuestión arriba apuntada, esto es, si la indemnización pactada puede considerarse proporcionada, uno de los factores a tener en cuenta para la valoración de dicho extremo es, ciertamente, el valor de las prestaciones realizadas por la UTE en favor de GHK durante el tiempo en que estuvo vigente el contrato. Ahora bien, siendo importante este criterio, se ha de advertir que no es el único a tener en cuenta, pues también cabe considerar justificado que en la fijación de la indemnización se tengan en cuenta otros factores, como los daños que la UTE pudiera tener que soportar como consecuencia de la resolución del contrato (aunque de dichos daños no derive provecho alguno para la contratista) o, el montante de la indemnización que la empresa pretenda reclamar en el pleito que se trate de evitar. Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso, las cantidades pactadas en el acuerdo resolutorio a cambio de la renuncia por parte de la empresa a todo tipo de reclamaciones frente a GHK no se consideran desproporcionadas, pues se limitan a las penalidades previstas en los pliegos y al importe de ciertos gastos realizados por la contratista para la ejecución del



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011372

contrato resuelto, suponiendo todo ello menos de la mitad de la cantidad que la UTE reclamaba en el procedimiento arbitral.

Lo único imputable a los demandados, en definitiva, es haber dado lugar a unos pagos a la UTE a cambio de evitar un procedimiento arbitral en el que GHK podría haber sido condenada a pagar unas cantidades muy superiores. No existiendo motivo, como se ha indicado más arriba, para apreciar una desproporción entre el sacrificio patrimonial que los pagos realizados entrañaron para GHK y el beneficio que para la misma suponía liberarse del riesgo a una condena muy superior en el procedimiento arbitral, tampoco desde esta otra perspectiva puede apreciarse que los pagos realizados por GHK a la UTE en virtud del acuerdo de resolución del contrato hayan supuesto un daño a los fondos públicos de GHK y del Consorcio.

OCTAVO. - La demanda reclama también a los demandados el reintegro de las cantidades pagadas por GHK hasta el momento, así como las que se paguen en el futuro, en cumplimiento de los contratos de cobertura concertados para cubrir a GHK del riesgo de variaciones de los tipos de interés de los préstamos a interés variable concertados para financiar parte de las inversiones proyectadas (los denominados contratos SWAP).

A fin de valorar si estos pagos pueden considerarse dañosos para los fondos públicos de GHK y, en su caso, si el daño sería imputable a la firma del acuerdo de resolución del contrato del CGRG, conviene precisar que la contraprestación que, en principio, debería recibir GHK por la realización de los pagos previstos en los contratos SWAP es la eliminación del riesgo de variaciones del tipo de interés de los préstamos recibidos por la entidad para financiar las infraestructuras proyectadas.

Para conseguir esta finalidad, los contratos SWAP contemplan un calendario de pagos acompañado a las previsiones que, en el momento de la firma de dichos contratos, existían en cuanto al ritmo de las disposiciones de financiación y amortizaciones futuras de las cantidades finanziadas. Esto implica que, si esas previsiones se cumplen escrupulosamente, las eventuales alzas y bajas de los tipos de interés variables de los préstamos se neutralizan con las correspondientes bajas y alzas de las cantidades a pagar (o a cobrar) en virtud de los contratos SWAP, de manera que, para la entidad prestataria, el resultado final es equivalente al que tendría una financiación a tipo de interés fijo.

Ahora bien, una característica esencial de este tipo de contratos es que las obligaciones que en ellos asumen las partes son independientes de las vicisitudes que puedan afectar en el futuro a los contratos de financiación cuyo riesgo de interés se trata de conjurar. Esto es, una vez concluido el contrato SWAP con su correspondiente calendario de pagos (o de cobros) en función de la evolución del índice que se aplique (en el presente caso, el Euribor), esos pagos (o cobros) son debidos (o acreditados) llegados los correspondientes vencimientos, con independencia de que se cumplan o no las previsiones iniciales sobre disposición y amortización de las operaciones de financiación cuyos riesgos se traten de eliminar.

Dada la configuración de estas operaciones, por tanto, mientras se cumplan las previsiones iniciales del plan de financiación, los pagos (o cobros) realizados en cumplimiento del contrato SWAP producirán el efecto deseado de neutralizar las subidas y bajadas del tipo de interés de los préstamos; ahora bien, si en algún momento dejan de cumplirse las previsiones iniciales sobre financiación, el calendario de pagos (o cobros) de los contratos SWAP deja de estar sincronizado con el de las disposiciones y amortizaciones de las cantidades financiadas, de manera que ya no sirven a la finalidad de compensar las variaciones de los tipos de interés aplicables a las operaciones de financiación.

A partir del momento en que, por cualquier circunstancia, dejan de cumplirse las previsiones sobre disposiciones y amortizaciones que sirvieron de base para establecer el calendario de los contratos SWAP, éstos dejan de servir a la finalidad de eliminar los riesgos de variaciones de los tipos de interés y pasan a ser contratos puramente especulativos o aleatorios.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo califica los contratos SWAP como contratos aleatorios, tanto si se conciernen como cobertura frente al riesgo de variaciones de tipo de interés de una operación de financiación, como si se celebran con una finalidad puramente especulativa (cfr. entre otras muchas, STS 1^a de 17-7-2018 Roj: STS 2835/2018; STS 1^a de 13-3-2018; Roj: STS 864/2018 y STS 1^a de 22-1-2018 Roj: STS 133/2018). De esta calificación se deduce una importante consecuencia, ya que el hecho de que un contrato SWAP inicialmente pactado para dar cobertura al riesgo de subida del tipo de interés de una operación de financiación pase a ser especulativo por cualquier incidencia que afecte a dicha operación, no conduce inmediatamente a que



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011373

los pagos realizados en virtud del SWAP carezcan de contraprestación sino a que, como ocurre en todos los contratos aleatorios, los pagos que una de las partes realiza tienen como contraprestación la posibilidad de obtener una ganancia futura.

Esta última consideración bastaría para desestimar las pretensiones de la demanda relativas a los pagos que GHK ha de realizar en virtud de los contratos SWAP, porque si bien es cierto que dichos pagos han dejado de tener como contraprestación la eliminación para GHK del riesgo de subidas de los tipos de interés de los préstamos concertados con los Bancos, pasando a ser operaciones especulativas, esto no implica que esos pagos carezcan de contraprestación pues, como en todo negocio aleatorio, la realización de dichos pagos hoy retribuye la posibilidad de obtener ganancias superiores mañana. No cabe apreciar, por tanto, que los pagos que se vienen realizando entrañen un desequilibrio patrimonial determinante de un daño a los fondos públicos de GHK, en la medida en que se ven correspondidos por la posibilidad de futuras ganancias.

Por otro lado, aunque se considerase que los pagos realizados una vez que los SWAP pierden su función de cobertura del riesgo de tipo de interés y pasan a ser especulativos, podrían suponer un daño a los fondos públicos de GHK, en el presente caso, con los datos aportados por la parte actora, resultaría imposible cuantificar el daño.

A este respecto, se ha puesto de manifiesto en las actuaciones que el CGRG no fue la única infraestructura para la que se solicitó la financiación cuya cobertura se articuló por medio de los SWAPs. Aparte del CGRG, se proyectaron otras quince infraestructuras en el Territorio Histórico, no afectadas por la resolución contractual, que habían sido financiadas con los créditos concertados con las entidades bancarias cuyos riesgos por tipo de interés estaban asegurados mediante SWAPs. A este respecto, el testigo D. Antton Lete, preguntado sobre si sería posible determinar la parte de los contratos SWAP correspondiente a la financiación del contrato mixto del CGRG, manifestó que sí sería posible pero que "habría que hacerlo con números". Ahora bien, en la demanda se reclama el importe total satisfecho por GHK en cumplimiento de los contratos SWAP, sin que las entidades actoras hayan considerado necesario "hacer los números" que hubieran permitido determinar la parte de dichos pagos imputable a la financiación del contrato del CGRG. Por lo tanto, incluso si se considerase que esos pagos suponen un menoscabo de los fondos públicos de GHK, resultaría imposible cuantificar el daño.

A lo que cabe añadir que, incluso aunque se hubiese podido cuantificar la parte proporcional de los contratos SWAP correspondiente a la financiación del contrato del CGRG, y dicha parte se considerase daño, no sería posible establecer la relación de causalidad entre la producción de ese daño y la firma del acuerdo resolutorio de dicho contrato por los demandados. Dado que el daño se considera existente por los demandantes desde que los contratos SWAP pierden su función de cobertura del riesgo de alza de tipos de interés y pasan a convertirse en especulativos, esto ocurrió mucho antes del acuerdo resolutorio de 13 de noviembre de 2013, ya que el desajuste entre los pagos de los contratos SWAP y las previsiones del plan de financiación se inició con la suspensión de los contratos acordada por la Asamblea del Consorcio el 22 de diciembre de 2011. La parte actora ha planteado una distinción en virtud de la cual la suspensión de los contratos habría dado lugar a un carácter especulativo "provisional" de los contratos SWAP, mientras que el acuerdo de resolución habría supuesto que los contratos SWAP habrían pasado a ser especulativos de modo "definitivo". Esta distinción no resulta acorde con las características propias de las operaciones de SWAP, ya que en estas operaciones, una vez que se rompe la sincronía entre el desarrollo de la operación de financiación y las previsiones de pagos a cargo de una u otra parte de los SWAP, ya no es posible restablecerla, por lo que bastó la suspensión de los contratos de 2011 para que los contratos SWAP se convirtieran definitivamente en especulativos, sin que la resolución del contrato del CGRG en noviembre de 2013 hiciera más o menos definitiva tal circunstancia.

Cabe añadir asimismo que el sobredimensionamiento de la PVE prevista en el contrato resuelto impedía el cumplimiento de dicho contrato, de manera que cualquier respuesta que se hubiera dado para resolver el problema, incluida aquella que los demandantes consideran que habría sido ajustada a la realidad, esto es, la modificación del proyecto sin resolución del contrato, hubiese alterado los importes financiados y las amortizaciones, convirtiendo en especulativos los contratos SWAP. Es la contratación de una infraestructura sobredimensionada la que, en definitiva, aboca, de un modo u otro, a que los contratos SWAP pierdan su finalidad de cobertura del riesgo de subida de los tipos de interés, lo que no puede imputarse a los demandados, quienes no tuvieron ninguna intervención en dicha contratación.

Finalmente, y en relación también con la relación causal entre la actuación de los demandados y el pago por GHK de las liquidaciones



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011374

periódicas giradas en virtud de los contratos SWAP, los demandados han alegado que dicha relación causal se rompería por la decisión de los posteriores gestores de GHK de no interponer recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia desestimatoria de la demanda que GHK interpuso a fin de que se declarase la nulidad de los contratos SWAP. A este respecto, se afirma en la contestación que "han sido los actuales gestores quienes han decidido no seguir por la vía judicial en contra de los contratos swaps pese a conocer las consecuencias económicas que de ello se derivan, las cuales pretenden repercutir a los demandados" (página 59).

La parte actora ha alegado en el trámite de conclusiones que la decisión de no recurrir en casación los pronunciamientos inicialmente desfavorables para GHK en primera y segunda instancia se adoptó por la Asamblea previos informes del letrado que defendió a GHK en el pleito, así como del letrado del Consorcio, que desaconsejaban el recurso.

Sin perjuicio de que pueda compartirse que, ante tales informes jurídicos, la decisión de no recurrir de la Asamblea no merezca reproche desde el punto de vista jurídico, lo cierto es que, para calibrar el argumento de los demandados, lo relevante no es tanto que la decisión de la Asamblea de no recurrir en casación esté más o menos respaldada por informes jurídicos, sino las probabilidades reales de que el recurso de casación pudiera prosperar, probabilidades que, a los efectos que nos ocupan, este tribunal puede valorar con independencia de cuál fuera la decisión de la Asamblea al respecto.

Pues bien, en relación con las posibilidades de prosperar que habría tenido un hipotético recurso de casación interpuesto por GHK frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, este tribunal no puede dejar de mencionar la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2016 Roj: STS 4306/2016, dictada en un caso en que un Banco pretendía seguir cobrando las cantidades debidas por el cliente en virtud de un contrato SWAP después de finalizada la operación de financiación a la que daba cobertura el SWAP. La pretensión de la demanda fue que se declarase el SWAP vencido y resuelto ya que, dada la vinculación del préstamo y el SWAP la extinción de aquél determina la de éste. La demanda fue desestimada en primera instancia con base, entre otras razones, en que los contratos celebrados por las partes eran autónomos y no dependían el uno del otro para su subsistencia. La

Audiencia Provincial revocó este pronunciamiento y estimó la demanda. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación y confirmó la estimación de la demanda, con base, entre otros, en los siguientes razonamientos:

1.- Para determinar si los contratos de préstamo mercantil y permuto financiera celebrados entre las partes en la misma fecha son completamente autónomos e independientes entre sí, o por el contrario, están conectados e interrelacionados, habrá que atender a su causa negocial. En concreto, conforme a lo declarado probado por la sentencia recurrida, de cuya base fáctica necesariamente hemos de partir, la causa del contrato de swap hay que buscarla en su función jurídico- económica, que en un caso de permuto de tipos de interés es la cobertura para el cliente, deudor por razón de préstamo o crédito, del riesgo que puede derivarse de la fluctuación del tipo variable al que se referencia su financiación. En este caso, no puede pretenderse una abstracción del contrato de swap cuando entre las mismas partes existe un contrato de préstamo, cuyo principal coincide exactamente con el nominal del swap, que genera intereses calculados a un tipo de interés que varía periódicamente, por lo que el interés negocial del cliente al superponer un swap de interés es estabilizar la financiación, conjurando el riesgo de encarecimiento del préstamo, y así le fue ofrecido por la entidad prestamista. En consecuencia, aunque no se trate de contratos vinculados en sentido estricto (como, por ejemplo, los supuestos previstos en la Ley de Contratos de Crédito con Consumidores), en este caso el préstamo y el swap eran contratos funcionalmente conexos por la interacción de fines entre ambas relaciones jurídicas, que respondían a una misma operación económica unitaria, como demuestra que se concertaran en la misma fecha y coincidiera exactamente el nominal del préstamo con el nominal del swap.

2.- Desde esta perspectiva, dada que la finalidad negocial del swap era contrarrestar el riesgo de las subidas del tipo de interés variable del préstamo, la conclusión de la Audiencia Provincial de que ambos contratos conformaban una unidad jurídico-económica y que, por ello, vencido y extinguido el préstamo, carecía de sentido (causa) la subsistencia del swap, no contraviene el art. 1.281-1 CC. Porque si bien es cierto que en la literalidad de ninguno de los dos contratos se incluye expresamente dicha



conexión, al tratarse de una relación jurídica compuesta, la búsqueda de la intención común de las partes debe proyectarse necesariamente sobre la totalidad de las relaciones contractuales celebradas, consideradas como una unidad lógica (art. 1285 CC).

Esta doctrina ha sido reafirmada posteriormente también por la Sentencia de la misma Sala de 24 de noviembre de 2016, si bien en este último caso no se anula el SWAP por entender que el caso no encaja en ella. Ciertamente, nada garantiza que, en caso de haberse interpuesto recurso de casación por GHK, la Sala Primera hubiera estimado la demanda en aplicación de esta doctrina; pero es indiscutible que entre los casos existe una cierta similitud, dejando abierta, cuando menos, alguna posibilidad de éxito si se hubiese presentado el recurso ante el Tribunal Supremo, lo que resulta suficiente para que no se pueda considerar justificada la relación de causalidad entre la actuación de los demandados y el pago por GHK de las liquidaciones periódicas de los contratos SWAP.

NOVENO. - Ha quedado acreditado, en resumen, que la PVE proyectada en el contrato resuelto estaba sobredimensionada, no siendo por tanto una opción viable el mero mantenimiento y cumplimiento de dicho contrato, lo que impide apreciar que la resolución contractual haya causado perjuicio a los fondos públicos al no haber quedado acreditado que el coste de dicha resolución haya sido superior al que habría tenido dar respuesta al sobredimensionamiento de la infraestructura mediante una modificación del proyecto sin resolución del contrato.

También ha quedado acreditado, a juicio de este tribunal, que el acuerdo de resolución del contrato tuvo un carácter transaccional, para evitar que la UTE promoviera un procedimiento arbitral en el que GHK podría haber sido condenada a pagar hasta 25 millones de euros. Desde esta perspectiva, los pagos realizados a la UTE como consecuencia del acuerdo de resolución tuvieron como contrapartida la eliminación del riesgo que suponía para GHK el incierto resultado del procedimiento arbitral, debiendo considerarse, conforme a lo razonado más arriba, que los importes satisfechos no eran desproporcionados en relación con los riesgos que se conjuraban mediante el acuerdo, por lo que tampoco desde esta perspectiva, se puede considerar que los pagos efectuados a la UTE suponen daño a los fondos públicos de GHK y del Consorcio.

Finalmente, y en cuanto a los pagos realizados en virtud de los contratos SWAP con posterioridad a que éstos perdieran su carácter de contratos de cobertura del riesgo de alza de tipos de interés y pasaran a ser meramente especulativos, tampoco cabe considerar que ello haya ocasionado daño a los fondos públicos de GHK, en primer lugar porque, dado el carácter aleatorio de estos contratos, dejan abierta la posibilidad de que, en función de la evolución del Euribor, GHK en lugar de realizar pagos (como ha sucedido hasta ahora) pueda tener en el futuro ingresos derivados de dichos contratos, lo que impide considerar que los mismos produzcan necesariamente un desequilibrio patrimonial determinantes de daño a los fondos públicos de la entidad. A lo que hay que añadir que, incluso prescindiendo de lo anterior, no se ha acreditado la parte de los pagos de los contratos SWAP que correspondería a la financiación del contrato mixto del CGRG y no a los de otras inversiones, lo que impediría cuantificar el presunto daño causado por este concepto. Tampoco se ha acreditado la relación causal entre la firma del acuerdo de resolución del contrato mixto y la conversión de los contratos SWAP en especulativos, ya que dicha conversión se produjo con mucha anterioridad al acuerdo resolutorio de noviembre de 2013, con la suspensión de los contratos del CGRG acordada por la Asamblea del Consorcio a finales de 2011. Finalmente, a la vista de algún pronunciamiento del Tribunal Supremo, tampoco cabe considerar que no existiera ninguna posibilidad de que prosperase un recurso de casación contra los pronunciamientos de primera y segunda instancia desestimatorios de las demandas interpuestas por GHK a fin de anular los contratos SWAP, siendo esto suficiente para excluir la vinculación causal entre la actuación de los demandados y la necesidad de seguir cumpliendo dichos contratos.

No siendo posible, por las razones expuestas, declarar que la actuación de los demandados al firmar el acuerdo de resolución del contrato del CGRG haya ocasionado daño a los fondos públicos de las entidades actoras, la demanda presentada por dichas entidades ha de ser desestimada.

No es preciso, en consecuencia, entrar a valorar si la resolución del contrato fue o no una actuación contraria a la Norma Foral 7/2008, siendo asimismo irrelevante a los efectos que nos ocupan si la intención de los demandados al firmar el acuerdo resolutorio era o no imponer el modelo de gestión de residuos defendido por su formación política, aun a costa de no respetar la citada Norma ni los mandatos de las Juntas Generales. A estos efectos, aunque la intención real de los demandados



TRIBUNAL DE
CUENTAS

01011376

hubiera sido esa y no dar respuesta al problema del sobredimensionamiento de la incineradora proyectada, lo cierto es que ese sobredimensionamiento existía, que el sobredimensionamiento hacía inviable el cumplimiento del contrato y que, por tanto, solamente acreditando que la resolución contractual tuvo un coste superior al que habría tenido la alternativa defendida por los demandantes (modificación del proyecto sin resolución del contrato) habría sido posible apreciar la existencia de un menoscabo.

La demanda insiste en la posición política contraria a la construcción de la incineradora de la formación a la que pertenecían los demandados como determinante de las distintas actuaciones de los órganos y de los gestores de GHK y del Consorcio que condujeron al procedimiento arbitral promovido por la UTE. Pero la responsabilidad contable de unos concretos gestores de fondos públicos únicamente puede derivar de actuaciones también concretas de dichos gestores que encajen en los supuestos previstos en los artículos 42 y 43 de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, no siendo suficiente a estos efectos la mera pertenencia a una formación política.

La única actuación concreta de los demandados en que se basan las pretensiones de responsabilidad contable de la demanda es la firma del acuerdo de resolución del contrato el 13 de noviembre de 2013 y es esa, en definitiva, la única actuación en la que este tribunal puede basar su pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda ya que una eventual declaración de responsabilidad basada en otros hechos constituiría un pronunciamiento incongruente por desviación de la causa de pedir de la demanda, con la consiguiente indefensión para los demandados.

Se pone de manifiesto, en definitiva, que siendo necesario para que se pueda apreciar responsabilidad contable una actuación de los gestores de fondos públicos contraria a Derecho, dicha responsabilidad solamente nace cuando la actuación de los demandados ha causado (y así queda acreditado en el proceso) daños a los fondos públicos que han de ser efectivos, evaluables económicamente e individualizados en relación a determinados caudales o efectos (art. 59.1 LFTCu). A falta de daño a los fondos públicos, o no resultando debidamente acreditado el daño, no cabe apreciar la responsabilidad contable, no siendo necesario en tal caso que esta jurisdicción se pronuncie sobre el mayor o menor ajuste a Derecho de la actuación de los gestores de fondos públicos demandados.

DÉCIMO. - Por último, respecto del pago de las costas procesales, conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 y 4 de la LEC, procede su imposición a las entidades demandantes, al haber sido íntegramente desestimadas sus pretensiones sin que se aprecie que el asunto presentaba serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen la no imposición de las costas. A este respecto, la circunstancia de que la liquidación provisional haya sido negativa impide aplicar el criterio de este tribunal con arreglo al cual no se imponen las costas cuando la demanda, aun íntegramente desestimada, se basa en las conclusiones de una liquidación provisional positiva, al entender que en tal caso cabe apreciar la existencia de las serias dudas a que se refiere el citado precepto de la LEC.

Por todo lo expuesto, VISTOS los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

LA CONSEJERA DE CUENTAS ACUERDA:

IV.-F A L L O

Desestimo íntegramente la demanda interpuesta por la entidad GIPUZKOAKO HONDAKINEN KUDEAKETA, SAU y el CONSORCIO DE RESIDUOS DE GIPUZKOA, a la que se adherido el Ministerio Fiscal, contra don IÑAKIERRAZKIN VITORIA y doña AINHOA INTXAURRANDIENTA EZKURRA. Se condena a GIPUZKOAKO HONDAKINEN KUDEAKETA, SAU y al CONSORCIO DE RESIDUOS DE GIPUZKOA al pago de las costas procesales.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

LO ANTERIORMENTE INSERTO CONCUERDA BIEN Y FIELMENTE CON SU ORIGINAL AL QUE ME REMITO, Y PARA QUE CONSTE Y SURTA LOS EFECTOS OPORTUNOS, EXPIDO LA PRESENTE EN MADRID, a ocho de octubre de dos mil dieciocho.



(Invi Vep)