

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE BILBAO
BILBOKO 2 ZK.KO MERKATARITZA-ARLOKO EPAITEGIA

BARROETA ALDAMAR 10 3ª planta - C.P./PK: 48001
TEL.: 94-4016688
FAX: 94-4016969

NIG PV/ IZO EAE: **48.04.2-11/020590**
NIG CGPJ / IZO BJKN : **48020.47.1-2011/0020590**

Procedimiento / *Prozedura*: **Inc.concur. 171 / Konk.intz. 171 679/2015 - I**
Descripción de la pieza/Pieza: Incidente concursal de oposición a la calificación /
Konkurto-intzidentea: kalifikazioari aurka egitea
Procedimiento Origen / Jatorrizko Prozedura: Concurso abbrev./Konkurto labur 549/2011

SENTENCIA Nº 32/2017

MAGISTRADA: D^a. *OLGA AHEDO PEÑA*
Lugar: *BILBAO (BIZKAIA)*
Fecha: *veintiocho de marzo de dos mil diecisiete*

OBJETO: *calificación del concurso como culpable*

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La mercantil KARRANTZAKO MINDA, S.L (en adelante, KM) fue declarada en concurso por auto de 13 de julio de 2011. Por auto de 29 de septiembre de 2014 se acordó la apertura de la fase de liquidación. Por auto de 15 de enero de 2015 se aprobó el plan de liquidación y se acordó la formación de la sección sexta de calificación.

2. El 3 de febrero de 2015, dentro del plazo previsto en el artículo 168.1 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), presentó escrito el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE KARRANTZA alegando cuanto consideró relevante para la calificación del concurso como culpable.

3. El 4 de febrero 2015 presentó escrito el ABOGADO DEL ESTADO alegando cuanto consideró relevante para la calificación del concurso como culpable.

4. El 8 de mayo de 2015, dentro del plazo previsto en el artículo 169.1 LC, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (en adelante, AC) presentó informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, proponiendo una resolución de calificación del concurso como culpable con los siguientes pronunciamientos.

*“1. Que a **ADE BIOTEC, S.L.**, se le considere como administrador de hecho de la concursada, y en su consecuencia se le condene a:*

*a) Pagar por la vía de **indemnización de daños y perjuicios la cantidad de DOCE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL EUROS (12.586.000,00 €)**, solidariamente con Don MARTÍN ASCACIBAR GREGORIO y Don FELIPE MENDIBIL CRESPO.*

*b) A cubrir el **100% del déficit**, solidariamente con DON MARTÍN ASCACIBAR GREGORIO.*

*c) A la **pérdida de cualquier derecho que se le haya reconocido o pueda reconocérsele en el seno del incidente concursal 669/2012 pendiente de resolverse.***

*d) Y a **10 años de inhabilitación** para administrar los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo.*

*2. Que a **Don MARTIN ASCACIBAR GREGORIO** se le considere como administrador de hecho de la concursada, además de administrador legal, y en consecuencia, se le condene a:*

*a) Pagar por la vía de **indemnización de daños y perjuicios la cantidad de DOCE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL EUROS (12.586.000,00 €)**, solidariamente con ADE BIOTEC, S.L., y Don FELIPE MENDIBIL CRESPO.*

*b) A cubrir el **100% del déficit**, solidariamente con ADE BIOTEC, S.L.*

*c) Y a **10 años de inhabilitación** para administrar los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo.*

*3. Que a **Don FELIPE MENDIBIL CRESPO** se le considere como cómplice, y en consecuencia se le condene a:*

*a) Pagar por la vía de **indemnización de daños y perjuicios la cantidad de NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS EUROS (9.439.500,00 €)**, solidariamente con ADE BIOTEC, S.L., y Don MARTÍN ASCACIBAR GREGORIO.*

*b) Y a **7 años y seis meses de inhabilitación** para administrar los bienes ajenos, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo.*

*4. Y a todos y cada uno de los **Consejeros de KARRANTZAKO MINDA, S.L., Don ÁNGEL MARÍA QUINTANO TORRE, Don MANUEL FISURE PORTILLO, Don JOSÉ IGNACIO MURO PALACIO, Don VICENTE ALBISUA HERMOSO, Don JOSÉ LUIS PORTILLO LÓPEZ**, como administradores legales, se les:*

*a) Condene a pagar por la vía de **indemnización de daños y perjuicios la cantidad de TRES MILLONES CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS EUROS (3.146.500,00 €)**, solidariamente con ADE BIOTEC, S.L., Don MARTIN ASCACIBAR GREGORIO y Don FELIPE MENDIBIL CRESPO, y a prorrata entre sí.*

*b) A cubrir el **25% del déficit**, solidariamente con ADE BIOTE, S.L., y con Don MARTIN ASCACIBAR GREGORIO, y prorrata entre sí.*

*c) Y a **2 años y seis meses de inhabilitación** para administrar los bienes ajenos, así como para*

representar a cualquier persona durante el mismo periodo.”

5. Conferido traslado al Ministerio Fiscal (en adelante, MF) por diligencia de ordenación de 8 de mayo de 2015, presentó dictamen el 17 de junio siguiente. Formula el MF la siguiente propuesta de resolución:

AFECTADOS

Como administradores de derecho: D. Ángel María-Ruiz Quintano Torre, D. Vicente Albisua Herboso, D. Manuel Fisura Portillo, IPAR KUTXA, Cooperativa de Crédito (en la actualidad CAJA LABORAL), D. José Luis Portillo López, D. José Ignacio Muro Palacio, D^a. Concepción García Alonso, D. Martín Ascacibar Gregorio.

Como administradores de hecho: ADE BIOTEC, S.L., y D. Martín Ascacibar Gregorio.

CÓMPLICES: D. Felipe Mendibil Crespo, D. Martín Ascacibar Gregorio, ADE BIOTEC, S.L.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS (art. 172.2.3º LC): daño causado al interés general cifrado conforme al presupuesto ajustado al proyecto visado y financiado por las Administraciones Públicas: 12. 856.000 euros más IVA.

“Serán declarados responsables solidarios todos aquellos a quienes afecte la declaración de culpabilidad, ya sea a título principal, ya a título de cómplices (art. 172.3 LC).

Sin perjuicio de lo previsto en el art. 172.3 LC, habida cuenta de que la condena viene motivada por el perjuicio al interés general causado, dicha cantidad se destine a las Administraciones Públicas que figuran como acreedores en el presente concurso, para que, bajo la superior dirección del Gobierno Vasco por lo que a las Administraciones Públicas de ámbito territorial inferior al Estado se refiere, se destine, de manera efectiva, a dar debida solución al problema medioambiental dimanante del excedente de purines en el Valle de Carranza.”

COBERTURA TOTAL O PARCIAL DE DÉFICIT (art. 172 bis LC): “Dicha participación y consiguiente condena debe distribuirse al 50% entre los integrantes del órgano de administración de KARRANTZAKO INDA y ADE BIOTEC, y, entre los primeros, a prorrata entre ellos, al haber sido coincidente su actuación y participación en las causas que han dado lugar al estado de insolvencia culpable. Debiendo contenerse un pronunciamiento de condena a la cobertura de la totalidad del déficit concursal (...).

PÉRDIDA DE DERECHOS: “De acuerdo a lo previsto en el art. 172.2.3º de la LC, procede la pérdida de cualquier derecho que se haya reconocido o pueda reconocerse a ADE BIOTEC en el seno del Incidente concursal 96 669/2912.”

INHABILITACIÓN: 10 años para los afectados por el concurso.

5. Acordados la audiencia de la concursada y el emplazamiento de los afectados por providencia de 14 de julio de 2015 (art. 170. 2 LC):

El 23 de septiembre de 2015 presentó escrito de oposición KM, representada por la procuradora D^a. Itziar Otalora Ariño y asistida del letrado D. Gonzalo Santamaría de Serra.

El 17 de mayo de 2016 presentó escrito de oposición CAJA LABORAL POPULAR COOP. DE CRÉDITO, representada por el procurador D. Iñigo Olaizola Ares y asistida por la letrada D^a. Arantzazu Zarraga Dosouto.

El 30 de mayo de 2016 presentaron escrito de oposición D. ÁNGEL MARÍA RUIZ-QUINTANO TORRE, D. MANUEL FISURE PORTILLO, D. JOSÉ IGNACIO MURO PALACIO, D. VICENTE ALBISUA HERBOSO y D. JOSÉ LUIS PORTILLO LÓPEZ, representados por la procuradora D^a. Lorena Elosegui Ibarnavarro y asistidos del letrado D. Iñaki Galdós Ibáñez de Opacua.

El 31 de mayo de 2016 presentó escrito de oposición D. FELIPE MENDIBIL CRESPO, representado por el procurador D. José Manuel López Martínez y asistido del letrado D. Ignacio Amilibia Bárbara.

El 1 de junio de 2016 presentó escrito de oposición D. MARTÍN ASCACIBAR GREGORIO, representado por la procuradora D^a. Lorena Elosegui Ibarnavarro y asistido por el letrado D. Edorta Etxarandio, posteriormente sustituido.

El 3 de junio de 2016 presentó escrito de oposición ADE BIOTEC, S.L., representada por el procurador D. Alberto Arenaza Artabe y asistida del letrado D. Guillermo Ibarrondo Zamakona.

El 3 de junio de 2016 presentó escrito de oposición D^a. CONCEPCIÓN GARCÍA ALONSO, representada por el procurador D. Ibón Bilbao Cabarcos y asistida del letrado D. Eneko Goenaga Egibar.

6. Por auto de 21 de julio de 2016 se resolvió sobre la prueba propuesta y se señaló la vista para los días 24 a 28 de octubre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. HECHOS ADMITIDOS O PROBADOS

Sin perjuicio de otros hechos que se introducirán a medida que se analicen los supuestos de culpabilidad invocados, la resolución de la presente pieza de calificación pasa por considerar los siguientes hechos admitidos o probados.

1.1. KM se constituye (el 12 de agosto de 2005; se inscribe en el Registro Mercantil el 24 de agosto de 2006) porque la Consejería de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco, en colaboración con la Diputación Foral de Bizkaia (en adelante, DFB), decidió no sólo resolver el problema medioambiental existente en el Valle de Karrantza debido al excedente de purines, sino, además, hacerlo a través de una sociedad no pública en la que participaran, entre otros, los ganaderos del Valle, cuyo compromiso era imprescindible. Dicha sociedad percibiría y gestionaría los fondos públicos destinados a la construcción de la planta, adquiriendo su

propiedad y gestionándola posteriormente sin costo para la Administración pública. Ilustrativos son en este sentido los siguientes documentos:

1.1.1. El 10 de noviembre de 2003, el Consejero de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco (Sr. Sáenz de Samaniego Berganzo) compareció en el Parlamento Vasco a petición de la Comisión de Agricultura y Pesca a fin de que informara sobre el proyecto de construcción de la planta de secado de purines de Karrantza (doc. 1 AC). Y lo que explica el Sr. Consejero es lo siguiente (la negrita es de quien suscribe):

*“Bueno (página 5), en principio quisiera que nos situáramos ante **la problemática que tiene la comarca de Carranza por la elevada concentración ganadera que existe en este municipio, que está originando un problema medioambiental** en la comarca de Encartaciones (...). Además tenemos que tener en cuenta que existe una directiva comunitaria, que es la 91/676, que establece unos vertidos máximos de nitrógeno por hectárea de 170 kilos. En consecuencia, el ganadero se encuentra con una acumulación de residuos a los que no puede dar una salida adecuada, ya que, si los residuos ganaderos se distribuyen intensamente en los pocos espacios disponibles y accesibles para los ganaderos, se pueden producir problemas de contaminación orgánica y bacteriológica de las aguas subterráneas y superficiales, como es el caso de lo que está sucediendo actualmente en la comarca.*

*Con el fin (página 6) de dar una solución a este problema se han analizado diferentes alternativas por parte de la Administración (...). Y para tratar estos excedentes se han **analizados distintas posibilidades**, que vienen referidas también en ese estudio que nos ha mencionado: **una primera** es la depuración convencional, una depuración que es altamente costosa en inversiones y además no genera más ingresos que el ingreso que se puede cobrar mediante el canon del tratamiento de residuos a los ganaderos; **otra posibilidad** de tratamiento es mediante digestión anaerobia, que implica asimismo unos costes muy elevados de inversión, genera muy pocos ingresos, procedentes del mismo canon de tratamiento pagado por los ganaderos y otros escasos ingresos obtenidos por la venta de electricidad generada por la combustión de los gases producidos; y **una tercera alternativa**, que es **la que tiene más visos de viabilidad**, es el secado térmico del residuo dentro de un sistema de cogeneración termoeléctrica. Este sistema de tratamiento de residuos ganaderos, aprovechando el calor producido en la combustión del gas para producir electricidad, seca el purín y se obtiene un residuo seco. Se trata de una infraestructura que requiere, como bien dice, una inversión importante pero que es la opción más viable, ya que la venta de electricidad pasa a ser un ingreso muy importante dentro de la explotación. También se puede vender el residuo que queda, higienizado y además estabilizado después ya como abono orgánico.*

*La baja rentabilidad económica de este tipo de plantas de secado térmico de purines **haría imprescindible un gran apoyo y hace imprescindible un gran apoyo por parte de la Administración pública** para construir una de ellas en la comarca de las Encartaciones. **Hace falta una importante subvención a la inversión – repito, subvención a la inversión- pero no a la explotación anual ¿eh?, y podría hacer rentable la planta haciendo posible la inversión privada de una sociedad gestora en la planta. Esta sociedad puede constituirse con socios públicos, con socios privados y también los propios ganaderos, que podrían formar parte del accionariado.** Quiero recalcar que la gestión de residuos para todos los sectores de actividad suele implicar cuantiosas inversiones a todos, y sobre todo a la Administración pública, ya sea en infraestructuras y en los demás equipamientos, y el sector primario, entiendo que tampoco tiene que ser una excepción ante esta problemática que afecta a todos los elementos productivos de la sociedad. Por lo tanto, entiendo que **está legitimado el posible apoyo de ayudas por parte de las administraciones** para solventar este tipo de problemáticas medioambientales.*

Actualmente se está trabajando en dos vertientes: por una parte, configurar el posible modelo de

empresa, para lo cual se cuenta con la conformidad de los ganaderos con el proyecto y su participación económica en el mismo; y por otra parte se están estudiando las diferentes ingenierías que trabajan en el diseño de este tipo de plantas, buscando el proyecto que cause el menor impacto en el medio ambiente.

También en este momento se encuentra en tramitación el cambio de calificación de suelos donde se pretende ubicar la planta de tratamiento de purines (...).

Los tratamientos (página 7) medioambientales, entendemos que esta planta, y en el estudio que se está haciendo juntamente con el Departamento de Medio Ambiente, que también va a entrar a colaborar en este tipo de proyectos y con las **ingenierías con las que actualmente estamos trabajando**,... de manera que queremos que esta planta reúna las condiciones y menores impactos ambientales dentro del valle de Carranza.

Esta planta **tiene que ir en un futuro complementada con una depuración de agua importante**, con un plan de depuradoras importante de agua, que va ubicada, según los planos que nos pasó el Ayuntamiento de Carranza, en las inmediaciones de los terrenos adquiridos por el propio ayuntamiento para la instalación de esta planta.

¿Las subvenciones? Pues, bueno, bien ha dicho **ese informe preliminar que hizo esa ingeniería para el EVE, más o menos de qué costes y qué volúmenes estamos hablando**. Ese estudio, como bien ha dicho, **habla de unas inversiones muy importantes y que, como dice, van de unos 13 millones de euros aproximadamente hasta los 15, que son más bien 16**, de otro sistema de producción que..., bueno, es el mismo sistema, sólo que la diferencia son los motores que se implantan en la planta. De manera que en la subvención, pues, estamos hablando dentro de esos ratios, siempre estamos contemplando que los ganaderos aporten un canon por tonelada, que puede andar (...) Y la subvención, como dice, pues, bueno, puede ir entre un 37 por ciento y el 65 por ciento.

En principio sí que le puedo decir que, prácticamente, de las tres propuestas de instalación de motores, se han desechado, en principio y, la instalación de motores Guascor (...).

Como le he dicho anteriormente, la subvención siempre de la Administración pública va a ser a la inversión, nunca a la explotación anual, y en esta subvención, bueno, van a participar la **Diputación Foral de Bizkaia, que está trabajando en este documento y en este proyecto desde el principio, el propio ayuntamiento, el Departamento de Agricultura y Pesca, y también estamos en conversaciones con el Departamento de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente.**

En cuanto al abono, que usted dice que ve difícil salida comercial, hombre, le recuerdo que la producción de abono de esta planta,... bien, creo recordar que venía a ser aproximadamente unos 18.000 toneladas de **abono seco**, de abono orgánico, y bueno, actualmente el consumo de abono simplemente en producción hortícola en el territorio de Bizkaia genera una demanda muy superior a esta producción. Por lo tanto, **entendemos que esta salida comercial de este abono puede ser factible.**

Bueno, en cuanto a **los terrenos** y ubicación ya le he comentado. Los terrenos los ha adquirido el Ayuntamiento de Carranza y están ubicados como a kilómetro y medio más abajo del barrio de **Concha**, en dirección al río, y posteriormente, a esta planta de tratamiento de residuos iría la depuración en todo el valle de Carranza.

¿Y los **trámites actuales**? Pues, actualmente creo que está en tramitación, como le he comentado anteriormente, la modificación de normas subsidiarias para posibilitar la implantación de esta planta. Así mismo se está haciendo un estudio ya de las necesidades de depuración de esta planta depuradora

para el tratamiento de las aguas y se está colaborando con la ingeniería Sinae, ya en proyectos juntamente con el EVE, ya en estudios y en proyectos mucho más concretos que esos a los cuales se ha referido de este primer informe de noviembre de 2002.

*Y, (página 8), bueno, creo que **es interesante remarcar que esta planta, pues, sí, exige una inversión importante**, como exigen todas las plantas de tratamiento de residuos para el sector productivo que sea de este país, pero tenemos que ser muy conscientes de que esta planta va a ocasionar una repercusión de beneficio medioambiental para el valle de Carranza de manera importante, porque ya existen puntos críticos a lo largo del año en los cuales las concentraciones de nitrógeno en las aguas llegan ya a tener puntos preocupantes.*

*Como bien ha dicho (página 10), en principio, **los estudios que tenemos nos dicen que la inversión necesaria para la construcción de esta planta va a ser de unos 15-16 millones de euros**. Consideramos que con ese dinero es suficiente para la construcción de esta planta, y **estamos estimando que la subvención que podemos otorgar entre todas las administraciones públicas rondaría el 45%**.*

*Contestando al Partido Socialista debo decirle..., bueno, me dice que es un producto en mantillas. Yo no daría esa definición. Creo que es **un proyecto en estudio, con una decisión tomada de construir esta planta**, pero haciendo estudios para evaluar los costes económicos, los impactos ambientales y presentando un proyecto lo más respetuoso ambientalmente posible.*

*Se está estudiando asimismo, como ya le he dicho, pero, bueno, ya con bastante mayor concreción cuál es el **modelo de empresa a gestionar**. Ya le he referido anteriormente que el modelo que estamos barajando es una sociedad en la cual participe el EVE, participe la ingeniería redactora del proyecto, la cual ha mostrado su deseo de participar en el capital social, el Ayuntamiento, la Diputación de Bizkaia y el Gobierno Vasco, y asimismo, también los ganaderos. Por lo tanto, yo creo que el modelo de empresa ya está definido; hay que dar pasos ya para ir constituyéndolo.*

La decisión de construir está tomada (...)

*Las administraciones participantes, ya se las he comentado, y el impacto medioambiental, se pretende que sea mínimo, es el objetivo de construir esta planta, **porque esta planta, se plantea su construcción para solucionar un problema medioambiental existente**. Por lo tanto, la construcción de esta planta significa una solución al problema medioambiental, más que generar problemas medioambientales.*

*Debo decirle que en referencia..., **he citado en varias ocasiones el Departamento de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente porque, bueno, como responsables de la gestión medioambiental de la Comunidad Autónoma del País Vasco, les estamos tramitando o trabajando con ellos en la redacción de convenios para la solución de los distintos problemas que existen con los residuos agrícolas**. En este momento estamos hablando y preparando para realizar un convenio entre los dos departamentos para estudiar las soluciones técnicas y financieras de los problemas de los residuos que se están generando actualmente en el mundo agrario, como es el caso de los residuos de purines en ciertas comarcas muy localizadas (...).*

1.1.2. El Plan Sectorial del Vacuno de la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAPV) 2002-2003 del Gobierno Vasco y Diputaciones Forales, contiene las siguientes previsiones en relación con la “planta de secado de purines” (tomo 7 art. 171, folios 2416 y siguientes):

“Justificación de la medida”

El valle de Carranza es, por sus características orográficas, de infraestructuras y de estructura del

sector ganadero un caso particular dentro de la CAPV. Esta zona productora de, aproximadamente, 370.000 m³ de purín de vacuno al año no posee la superficie agraria necesaria para realizar una gestión coherente desde un punto de vista agronómico y ambiental. Esto exige el arbitraje de medidas alternativas que reúnan, por una parte las soluciones agronómicas y, por otra, las tecnológicas. En este sentido, un informe realizado por el Ente Vasco de Energía valora las diversas alternativas que dadas las características y necesidades, no sólo agrícolas sino también sociales, de la zona puede ofrecer una mejor solución al problema de los residuos ganaderos en Carranza. En el mencionado informe se defiende la idoneidad de una planta de acondicionamiento de purines que combina la desecación de los residuos ganaderos de distintos orígenes con la generación de la energía eléctrica.

Objetivo de la medida

Proporcional al Valle de Carranza una solución combinada agronómica y tecnológica al problema de los residuos ganaderos.

Descripción de la medida

La presente medida plantea subvencionar la creación de una planta de tratamiento de purines y estiércoles en el valle de Carranza que dé solución a largo plazo a la acumulación de residuos ganaderos en esta zona.

Beneficiarios y condiciones de subvencionalidad

La subvención estará sujeta a la emisión de un informe positivo por parte de los técnicos designados por el Departamento de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco. En este informe se especificará la solución tecnológica más conveniente y las condiciones que la planta tecnológica deberá cumplir para asegurar un correcto funcionamiento de la misma en lo que se refiere a efectos medioambientales características de un producto final y/o efluentes y/o residuos así como en lo que concierne a la solución real del problema.

Financiación

*Para la definición de la posible financiación de esta actuación, deberá **previamente** realizarse a lo largo de 2002, el **diseño definitivo de la sociedad encargada de su gestión**. Está prevista la participación en la financiación de esta planta de la Administración Foral del territorio Histórico de Bizkaia y del Gobierno Vasco.”*

1.1.3. El borrador del Plan Sectorial del Vacuno de la CAPV del Gobierno Vasco y Diputaciones Forales 2004-2005 contenía las siguientes previsiones en relación con la “Propuesta de tratamiento de purines” (folios 2509 y ss):

“Se están estudiando diferentes alternativas de plantas de acondicionamiento de PURINES, teniendo como prioridad el sector ganadero del Valle de Karrantza, sin olvidar el resto de zonas del País Vasco con problemas muy serios (...)

Descripción de la medida

La presente propuesta plantea la reducción y eliminación de materiales biodegradables procedentes de estiércoles vacunos y sector agroalimentario con la obtención de energías renovables a partir del biogás generado. El tratamiento de purines consta de 2 partes:

FASE I: Separación líquido-sólido

Tratamiento del purín mediante un proceso electroquímico de depuración: electroflotación.

El sólido obtenido se destinará a la fase II.

La fracción líquida obtenida puede destinarse a riego, colector o cauce público según su composición y tratamiento.

El efluente obtenido en un principio, tras el proceso de electroflotación, está libre de olores, sin sólido y muy descargado en nutrientes y materia orgánica, apto para su uso en riego.

Para el cumplimiento de las exigencias de vertido a colector se realizaría un tratamiento biológico con el objeto de eliminar el amoníaco por nitrificación-desnitrificación.

Para el cumplimiento de las exigencias de vertido a cauce público, se realizaría un tratamiento final en laguna de alta carga.

FASE II: Digestión anaerobia del sólido obtenido en la fase I. Obtención de compost, energía eléctrica y energía térmica.

Digestión anaerobia: es un proceso controlado de descomposición biológica de biomasa en un ambiente húmedo de oxígeno que tiene como resultado la obtención de biogás. Como subproducto sólido se obtiene compost.

El biogás generado por la digestión anaerobia es aprovechado como combustible para, mediante un equipo de cogeneración, la producción de energía eléctrica y térmica.

La propuesta alcanza un resultado de viabilidad tanto económica como medioambiental al problema de la gestión de residuos al promoverse mediante el procedimiento planteado la producción y el uso de energías renovables.”

El Gobierno Vasco, por lo tanto, no sólo había decidido en dicha fecha dar solución al problema de los residuos ganaderos en Karrantza, sino que había estudiado las propuestas tecnológicas y resuelto también que la actuación se gestionaría por una sociedad a cuyo diseño definitivo condicionó el plan de la financiación.

1.1.4. Y la decisión del Gobierno Vasco parece que se anticipa a lo que el Plan de Biodigestión de Purines del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino (tomo 7, segunda parte, folios 2753 y ss) previó como “líneas de actuación”. Así, en la página 7 (folio 2759) se señala:

“La problemática medioambiental de la gestión de los purines se manifiesta fundamentalmente en las zonas de alta concentración ganadera por las limitaciones que se imponen en la Directiva de Nitratos, tanto en las zonas declaradas como vulnerables donde son de aplicación los “Programas de Acción”, como en el resto de las zonas agrícolas donde deberán aplicarlos los Códigos de Buenas Prácticas Agrícolas elaborados en las diferentes comunidades autónomas.

El desarrollo de las tecnologías de digestión anaerobia de purines tiene un efecto medioambiental directo en la reducción de sus emisiones de GEI, pero no tiene incidencia sobre el contenido de nitrógeno de los referidos subproductos. Por tanto, en las referidas zonas de alta

concentración ganadera las instalaciones podrán complementar las tecnologías de metanización con postratamientos para mejorar la gestión del nitrógeno del digestato, como por ejemplo separación sólido-líquido o procesos de eliminación o reducción-recuperación del contenido de nitrógeno de los purines.

En consecuencia, con carácter general, será preciso que por parte de las comunidades autónomas se elaboren estudios específicos en las diferentes zonas ganaderas, para en función de sus características agro-ganaderas y de acuerdo con los criterios establecidos en el punto 3 de este Plan, se autoricen las instalaciones de tratamiento centralizado de codigestión complementadas, en su caso, con procesos de reducción de nitrógeno, o bien se opte por las instalaciones de metanización individualizadas en las granjas, o por la combinación de ambos sistemas.”

1.2. Con esos precedentes, el Departamento de Agricultura y Pesca encomienda al Director de Innovación y Desarrollo Tecnológico, D. Martín Ascacibar Gregorio, el desarrollo de tal proyecto, formando parte del mismo la promoción de la constitución de una sociedad en la que, entre otros, participaran los ganaderos.

En este sentido, de forma unánime declararon los administradores sociales de KM, y también el Sr. Ascacibar, que en 2003-2004 acudió éste al Valle de Karrantza para trasladar a los ganaderos, agrupados en la cooperativa GUVAC, el proyecto y la necesidad de constituir una sociedad. D. Vicente Albisua, administrador de KM, explicó en la vista que ante tal propuesta, votaron en primer lugar en la Asamblea general de la cooperativa si participaban o no el proyecto, y siendo el resultado favorable votaron para decidir quién sería miembro del órgano de administración de KM, lo que nadie quería porque ellos son ganaderos y se dedican a su trabajo. Declaró el Sr. Albisua que resultaron elegidos D. Manuel Fisure, el declarante y D. Ángel María Ruiz-Quitano, delegando en este último los dos. Añadió que D. Ángel Mari les informaba de todo en la cooperativa y que las decisiones las tomaban allí, en la junta rectora (V 11; 04:52). D. José Luis Portillo López, Alcalde de Karrantza desde 1999 hasta 2011, declaró que el Gobierno Vasco a través del Sr. Ascacibar y la DFB se pusieron en contacto con el Ayuntamiento como responsable de la sanidad del Valle, y dijeron que el Ayuntamiento tenía que participar en KM. Añadió el Sr. Portillo que el Gobierno Vasco se puso también en contacto con los ganaderos (V 14). D. Ángel María Ruiz Quintano declaró (V6; 08:15) que se constituye la sociedad para llevar a cabo el proyecto; les dan el estudio y el Gobierno Vasco, a través del Sr. Ascacibar, les dice que lo tienen que llevar adelante porque ellos son parte del problema y tienen que ser parte de la solución.

Los autores de los informes que obran en el procedimiento han concluido en sus valoraciones que en el seno del Gobierno Vasco se gesta el proyecto y que desde el Gobierno Vasco se impulsa. Así, D. Juan Andrés Legarreta, designado por la Universidad del País Vasco para emitir informe a petición de la Viceconsejería de Pesca e Industrias Alimentarias del Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial, Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco, concluye y recomienda en la página 6 de su informe de fecha diciembre 2010 (tomo 17 art. 171, folios 5457 y ss.). *“A estas alturas, no parece muy viable que el Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial, Agricultura y Pesca se desentienda del proyecto en marcha, dado que **había iniciado su andadura bajo sus auspicios.**”* La AC también “advierte” en la página 2 de su informe que *“KARRANTZAKO MINDA, S.L., nació con la vocación de ejecutar y poner en marcha un proyecto de interés general consistente en la construcción de una planta de tratamiento de purines en el Valle de Karrantza ante la creciente preocupación*

pública, tanto a nivel autonómico como local, por la necesidad existente en el Valle de la gestión de los excedentes de residuos agrarios; actividad a la que se ha dedicado desde su origen, en el año 2005.”

1.3. Previo a la constitución de KM, el Gobierno Vasco había valorado las propuestas tecnológicas presentadas por las empresas, propuestas más avanzadas respecto de la inicialmente prevista, y había adjudicado la misma a ADE BIOTEC, S.L., (el Letrado de AB afirmó espontáneamente en la vista, con motivo de la protesta que formuló frente a una pregunta realizada a D. Ignacio Muro, que el “proceso de adjudicación” fue en 2005 (V 16; 03:24). Sobre la valoración de las propuestas obra en el procedimiento un informe de 18 de enero de 2005 de D. Xavier Flotats Ripoll, Dr. Ingeniero Industrial de IRTA, Instituto de Investigación de Catalunya (solicitud de concurso, tomo 1, folios 316 y ss.), con el que ya colaboraba AB según declaró su representante legal, en el que se expresa que su objetivo *“es evaluar la idoneidad de dos soluciones tecnológicas para el tratamiento centralizado de purines de vacuno en el término municipal de Karrantza (Bizkaia), a petición del Director General de Investigación Agropesquera y Alimentaria, del Departamento de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco, con fecha 9 de noviembre de 2004.”* En este informe, en el que se valoran las propuestas presentadas por ADE BIOTEC-LEVENGER-INASMET y por SENER, **recomienda** el Dr. Flotats (folio 330) *“que se cree una empresa, asociación y otra figura con entidad jurídica propia, en la que los ganaderos tengan una participación y puedan participar en la toma de decisiones, junto con tecnólogos y otros inversionistas. La creación de esta entidad puede permitir vehicular subvenciones, créditos, contratos, etc., y en general ordenar las actuaciones y servir como interlocutor único y válido. Ha de dotarse del personal mínimo necesario para llevar a cabo las operaciones que la empresa tenga encomendadas.”*

Sobre la existencia de excedente de purín informó NEIKER-TENCNALA, Instituto Vasco de Investigación y Desarrollo Agrario (solicitud de concurso, tomo 1, folios 251 y ss).

También NEIKER solicitó a la ingeniería EPTISA CINSA el 10 de marzo de 2004 un informe cuyo objeto era *“evaluar las opciones de conducción de purines (...) desde las explotaciones ganaderas a la futura o futuras plantas de depuración”*, concluyendo en abril de 2005, tras ofrecer una serie de razones, que estaba justificado Matienzo **“como punto de ubicación definitiva** de la Estación Depuradora de purines del Valle de Karrantza.”

1.4. KM fue constituida inicialmente por:

GUVAC Cooperativa (51%) y
ENERMINDE S.L (49%): integrada ésta por Ade Biotec, S.L (33%), Levenger, S.L (33%) y Eptisa-Cinsa Ingeniería y Calidad, S.A (33%).

Desde diciembre de 2008 el capital social de KM estuvo formado por IPAR KUTXA RURAL, Sociedad Cooperativa de Crédito (actualmente CAJA LABORAL POPULAR COOP. DE CRÉDITO) en un 10%; KARRANZA HARANEKO en un 21% y GUVAC COOPERATIVA en un 69%.

Hasta el 19 de diciembre de 2007 fue administrador único D. ÁNGEL MARÍA RUIZ-QUINTANO TORRE.

Por acuerdo de la Junta de 19 de diciembre de 2007, el órgano de administración pasó a estar constituido por un consejo de administración integrado por cinco miembros, fijándose en seis por acuerdo de 26 de septiembre de 2008 y designándose a IPAR KUTXA, COOP DE CRÉDITO. A la fecha de la declaración de concurso y en los dos años anteriores fueron miembros del órgano de administración: D. Ángel María Ruiz Quintano Torre, D. Vicente Albusua Herboso, D. Manuel Fisure Portillo, D. José Ignacio Muro Palacio, D. José Luis Portillo López, Ipar Kutxa y D. Martín Ascacibar (éste desde el 28 de julio de 2009 hasta el 19 de enero de 2010).

1.5. Constituida KM y siendo su administrador único D. Ángel María Ruiz Quintano, adquirió unos terrenos en Matienzo por importe total de 192.000 € sin IVA en fechas 23 de enero, 18 de junio y 24 de septiembre de 2007, agrupados mediante escritura pública de fecha 28 de noviembre de 2007, iniciándose entonces la tramitación de las Normas Subsidiarias y contratando la realización de un proyecto de urbanización de los terrenos.

1.6. El 19 de febrero de 2007, KM suscribió un Acuerdo Marco con GUVAC Sociedad Cooperativa y ADE BIOTEC, S.L., con el objeto de sentar las bases para la promoción, desarrollo, ejecución y operación del Proyecto de gestión, tratamiento y valorización de los purines de bovino.

También el 19 de febrero de 2007 se suscribió un Protocolo de Intenciones (doc. 4 AC, folios 1324 y ss) por el Departamento de Agricultura, Pesca y Alimentación del Gobierno Vasco-Eusko Jaurlaritza representado por D. Martín Ascacibar Gregorio, con GUVAC Sociedad Cooperativa, entidad que agrupa mayoritariamente al sector ganadero del Valle de Karrantza y que actuaba representada por D. Ángel María Ruiz Quintano, y con la Diputación Foral de Bizkaia, representada por el Director de Agricultura y Ganadería, en virtud del cual, entre otros aspectos se acordaron los términos de la financiación pública con las Administraciones referidas y con la Administración General del Estado, y ello con *“los parámetros técnicos y económicos que figuran en el Estudio de Viabilidad Económico-financiera del proyecto adjunto al Proyecto que se incorpora con el Anexo”*, estudio de fecha agosto 2006 elaborado por AB que contenía un presupuesto por importe de 14.913.566 € (solicitud de concurso, tomo 1, folio 356).

1.7. En agosto de 2007, ADE BIOTEC, S.L., elabora un “Proyecto planta tratamiento purines” (solicitud de concurso, folios 379 y ss.) que contiene un presupuesto por importe, IVA incluido, de 13.263.008,32 €.

1.8. En febrero de 2008, URA (Agencia Vasca del Agua adscrita al departamento del Gobierno Vasco con competencias en medio ambiente) denegó la autorización para construir la planta en Matienzo por ser cársticos los terrenos, ofreciendo cinco parcelas y optando KM por los situados en el barrio de Las Torcachas.

1.9. El 10 de octubre de 2008, KM celebró con AB un “contrato llave en mano de ingeniería, suministro y ejecución de obra” para la construcción de la planta (tomo 1 art. 171, 2ª parte, folios 346 y ss). Dicho contrato se basa en dos documentos elaborados por AB y presentados a KM en junio de 2008, denominados “Anteproyecto Básico de la Planta de Tratamiento de Purines” (incidente 669/12, folio 77 vuelto y siguientes) y “Estudio de Viabilidad

Económico-Financiera”. El precio del contrato es 11.479.188 €, sin IVA. El apartado 4 del denominado “Plan de gestión de purines” de dicho “Anteproyecto Básico” plantea en los siguientes términos el proceso para solucionar el problema ambiental (incidente 669/12, tomo 1, folios 85 vuelto y ss):

“La totalidad del purín se transporta fresco, de las explotaciones a la planta, por camiones de ésta última.

En la planta se somete el purín a un proceso de digestión anaerobia, separación de sólidos y depuración biológica parcial, esta última en la medida en que la ambientalmente correcta reutilización del purín lo requiera.

La energía obtenible de la digestión anaerobia se venderá a la red. La fracción sólida obtenida se venderá como biomasa o como materia prima para la realización de fertilizantes.

El purín tratado (sin sólidos, sin olores, sin semillas de malas hierbas, con el correcto contenido en nutrientes) se devolverá a balsas de acumulación de purín tratado, de una capacidad total de almacenamiento de 4 meses, situadas cerca de las zonas en donde se va a aplicar el purín. Esta labor de esparcido será realizada por los camiones que traen el purín bruto a planta, de forma controlada. En algunos casos, podrán esparcirla los propios ganaderos.

La planta realizará la suficiente eliminación o “exportación” de nitrógeno, según las cantidades mencionadas anteriormente. Dos serán las vías de “salida” de N:

El N que saldrá vía fracción sólida vendida, que exportará estos sólidos fuera del valle.

El N restante deberá ser eliminado por un proceso de depuración en la fracción líquida restante. Como se trata de un % de eliminación necesario relativamente bajo, para ello el proceso más robusto, sencillo y de menor coste de explotación es el tratamiento biológico de nitrificación-desnitrificación.

Es importante destacar que no tiene mucho sentido hacer un esfuerzo por tratar de reutilizar el purín adecuadamente, y luego aplicar fertilizantes minerales en las praderas en donde se va a esparcir el purín. Sería importante que el uso de fertilizantes minerales en el valle fuera prácticamente nulo.”

1.10. Previa licencia, KM inició las obras de movimiento de tierras en marzo de 2009 (reunión del Consejo de Administración de 13 de marzo de 2009, folios 5830 y ss). Las licencias de obra y de actividad se concedieron el 19 de noviembre de 2009.

1. 11. KM recibió de la Comunidad Autónoma Vasca (CAV), de la DFB y de la Administración General del Estado (AGE) las siguientes cantidades, de las que devolvió 750.000 €:

Administración	Tipo ayuda	ejercicio	importe
----------------	------------	-----------	---------

CAV	Ikerketa	2006	1.500.000
CAV	Ikerketa	2008	800.000
CAV	Nominativa convenio 2008	2008	1.000.000
CAV	Nominativa convenio 2008	2009	400.000
CAV	Nominativa convenio 2008	2009	320.000
DFB	Directa	2008/2009	2.000.000
AGE	Directa convenio 2007	2007	2.000.000
AGE	Directa convenio 2008	2008	2.000.000

1.12. El 15 de septiembre de 2009 se dieron por terminadas las reuniones de la Comisión de Seguimiento del convenio de 10 de octubre de 2007, que instrumentaba el pago de la subvención nominativa del Ministerio de Ciencia e Innovación por importe de 2.000.000 € (tomo 10, folio 3648).

1.13. Concluidas las obras de urbanización y recepcionadas el 26 de marzo de 2010 las plataformas sobre las que se ejecutaría la planta (tomo 2 art. 171, folio 916), AB inició la ejecución en abril de 2010.

1.14. Encontrándose KM sin la financiación necesaria para continuar la ejecución de la planta, desistió del contrato llave en mano con efectos 30 de septiembre de 2010, entendiéndose extinguido desde entonces y resultando de su liquidación un saldo a favor de KM de 1.772.279 €, IVA incluido (Sentencia de este Juzgado de 13 de noviembre de 2015, confirmada por la SAP de Bizkaia, sección 4ª, de 2 de noviembre de 2016).

1.15. Por Resolución de 15 de marzo de 2011, la Ministra de Ciencia e Innovación ordenó la apertura del procedimiento de reintegro de la subvención nominativa percibida en virtud del convenio de 11 de diciembre de 2008 por 2.000.000 €, y ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.1.b y c de la Ley 38/2003, General de Subvenciones, por resultar la documentación justificativa insuficiente y no coincidente con el presupuesto financiable determinado en el convenio regulador; de los justificantes aportados sólo se consideraban financiables 184.526 €. El 5 de mayo de 2011 se resolvió la revocación total de la subvención, acordándose el reintegro de los 2 millones de euros más 243.243,84 € de intereses (tomo 10, folios 3725y 3726).

Por Resolución de 4 de octubre de 2011 de la Directora de Innovación de Industrias alimentaria, se da inicio al procedimiento de reintegro de los 749.999 euros adeudados por KM en relación el anticipo reintegrable de 1.499.998,00 € recibido en el marco del programa Ikerketa 2006 (tomo 14 art. 171, folios 4690 y 4691). La resolución se dicta al amparo del artículo 17 del Decreto 230/2004, de 23 de noviembre, por no haber ingresado el beneficiario en junio de 2011 el importe correspondiente a la tercera cuota, correspondiendo la cantidad reclamada a la suma de lo pendiente por reintegrar; la tercera y cuarta cuotas. Por Resolución de 16 de abril de 2012 de la Directora de Innovación e Industrias Alimentarias se declara la obligación de reintegrar la cantidad referida (folio 4690, tomo 14).

Por Resolución de 5 de octubre de 2011 de la Directora de Innovación e Industrias alimentarias se inicia el procedimiento de reintegro de los 800.000 € que recibió KM en el marco del programa Ikerketa 2008, en virtud del cual se concedió un anticipo reintegrable por importe

de 2.000.000 €, y ello al amparo del art. 17 del Decreto 230/2004, por haber finalizado en enero de 2010 el plazo establecido para la actuación subvencionada sin que se realizaran en plazo las inversiones en los plazos previstos en el proyecto subvencionado. Por Resolución de 17 de abril de 2012 (folio 4738) de la Directora de Innovación e Industrias Alimentarias, se declara la obligación de reintegrar la cantidad dicha (tomo 14, folios 4738 y 4739)

El 1 de julio de 2011, KM solicitó la declaración de concurso por insolvencia inminente, declarándose por auto de 13 de julio de 2011.

El 19 de junio de 2012, el Diputado Foral de Presidencia y Secretario de la Diputación Foral de Bizkaia certifica que se ratificó la Orden Foral 2396/2012, de 8 de junio, de la Diputada Foral de Agricultura, por la que se declaró a KM incurso en causa de reintegro y se ordenó el reintegro de la subvención concedida mediante Acuerdo de 2 de diciembre de 2008 por importe de 2.000.000 € (1.000.000 abonado el 22 de enero de 2009 y 1.000.000 abonado el 14 de enero de 2010), más 292.510,36 € en concepto de intereses de demora. Se indica que *“de las actuaciones practicadas se desprende que en todo este tiempo la beneficiario no ha culminado la construcción de la Planta de Tratamiento de Purines y no va a ejecutarlo en un periodo de tiempo razonable”* (tomo 11, folio 3868).

Por Orden de 8 de abril de 2013 de la Consejera de Desarrollo Económico y Competitividad, se declara la obligación de KM de reintegrar la cantidad de 1.720.000 € de las ayudas nominativas concedidas en los ejercicios 2008 y 2009, y ello por no justificar los documentos de pago presentados la aplicación de la ayuda a los fines determinados para los que se solicitó y concedió (tomo 14 art. 171, folios 4779 y 4780).

1.16. Los créditos reconocidos ascienden a un total de 4.171.588,32 €

Ayuntamiento de Karrantza	237.104,76
Bilbao Bizkaia Kutxa	64.000,00
Excavaciones Viuda de Sainz	53.809,80
Gobierno Vasco (Ikerketas 2006 y 2008)	1.549.999,00
Ingeplan Consulting, S.L	16.301,71
Ministerio de Ciencia e Innovación	2.250.373,05

2. SUPUESTOS DE CALIFICACIÓN CULPABLE

La AC funda su propuesta de calificación culpable en los siguientes supuestos y preceptos:

1. Dolo o culpa grave en la generación o agravación del estado de insolvencia (art. 164.1 LC)
2. Incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso (art. 165.1º LC)

El MF añade:

- Inexactitud grave en cualquiera de los documentos acompañados a la solicitud de declaración de concurso (art. 164.2. 2º LC)
- Simulación de situación patrimonial (art. 164.2.6º LC)

Ambos, AC y MF, resaltan que los administradores sociales de la concursada se rodearon de técnicos dotados de la más alta cualificación.

3. DOLO O CULPA GRAVE EN LA GENERACIÓN o AGRAVACIÓN LA INSOLVENCIA (art. 164.1 LC)

3.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

3.1.1. AC y MF alegan que los administradores de KM actuaron con falta de rigor y de lógica empresarial en la toma de decisiones que fueron trascendentes para la ejecución del proyecto, concretamente:

- Adquisición de terrenos para ubicar la planta en el barrio de Matienzo que posteriormente resultaron inidóneos.
- Pagos anticipados a ADE BIOTE, S.L.
- Desviaciones sustanciales del proyecto inicialmente previsto
- Incumplimiento de compromisos esenciales para la viabilidad del proyecto

Añade el MF:

- Devolución del aval otorgado por ADE BIOTEC a favor de la concursada
- Interposición de sociedades instrumentales y vinculadas, y diversificación del proyecto

3.1.2. La concursada y los administradores sociales relacionan la insolvencia con las siguientes actuaciones de las Administraciones públicas:

- Considerar que Matienzo no era el lugar adecuado para instalar la planta (decisión de URA).
- Considerar que la “ósmosis inversa” no es la solución idónea para el tratamiento de la fracción líquida.
- Bloqueo a las subvenciones y ayudas concedidas desde enero 2010
- Interesar, en mayo de 2011, la devolución de las subvenciones directas otorgadas con cargo al presupuesto general del Estado del ejercicio 2008.

Argumentan los demandados que durante el ejercicio 2010 el Gobierno Vasco manifestó por primera vez reticencias técnicas y económicas respecto a la viabilidad del proyecto, y que ello comportó que no liberara los fondos comprometidos correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010, unido ello a que el cambio de ubicación inicial de la planta y las incidencias no previsibles

que afectaron a las obras de urbanización provocaron un retraso considerable en la ejecución y una falta de sincronización entre la financiación obtenida y la marcha del proyecto, lo que ha determinado la insolvencia, no pudiéndose hacer frente al vencimiento de 30 de junio de 2011 de la devolución de los programas Ikerketa, ni a la devolución el 20 de junio de 2011 de la subvención objeto de reintegro por parte de la AGE. Añaden que la Administración detiene la financiación porque cambia de actitud en relación con el proyecto. Así, AB argumenta que la crisis económica derivó en un drástico recorte de los presupuestos de las Administraciones públicas, precisando una reorientación de las prioridades a atender, lo que determinó que el nuevo Gobierno Vasco, con un partido político distinto, no considerara prioritaria la financiación de la planta de purines, por lo que, en ausencia de la suficiente capacidad económica para continuar, no quedó otro remedio que paralizar el proyecto.

Planteado el debate, procede analizar las concretas actuaciones imputadas a KM.

3.2. ADQUISICIÓN DE TERRENOS EN MATIENZO

3.2.1. ALEGACIONES

3.2.1.1. AC y MF: la concursada adquirió los terrenos: sin tener en cuenta la esencia medioambiental del proyecto; sin conocer la actividad que podía desarrollarse en los mismos; sin realizar un estudio geológico del terreno; sin practicar “catas”; sin solicitar formalmente la licencia de actividad. Lo anterior determinó que la Agencia Vasca del Agua del Gobierno Vasco (URA) no autorizara la construcción en los terrenos dichos por ser el suelo calizo poroso y discurrir cursos de agua por el subsuelo que podían contaminarse en el caso de que hubiese alguna fuga, y que la concursada tuviera que buscar nuevos terrenos, adquiriéndose en el barrio Las Torcachas (a 4 km de la anterior ubicación) y pagándose 300.500,00 €. Resultó de lo anterior: un perjuicio directo a la sociedad puesto que los terrenos en Matienzo no podían venderse al haberse adquirido con fondos públicos; un gasto adicional derivado de la necesidad de acometer nuevos estudios y proyectos acomodados a la nueva ubicación de la planta; una mayor demora en la ejecución de las obras pues tuvo que iniciarse nuevamente la tramitación para la obtención de la licencia administrativa y hasta el 8 de abril de 2009 no se aprobó la modificación de las Normas Subsidiarias del Ayuntamiento de Karrantza y hasta el 19 de noviembre de 2009 no se obtuvo la licencia de actividad, iniciándose las obras en abril de 2010. La demora tiene relevancia porque el proyecto, salvo en un importe menor, se financió con capital público por importe de 10.000.000 € cuya concesión se supeditaba, sin excepción, a la ejecución de las inversiones subvencionadas en unos tiempos determinados bajo sanción de reintegración. Se remite el MF al informe del Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (en adelante, TVCP) y cita entre las subvenciones la recibida conforme al programa Ikerketa 2006 por importe de 1.500.000 €, que partía de un inicio del proyecto en mayo de 2006 y de un plazo de ejecución de 22 meses, lo que implicaba su finalización en marzo de 2008. Añade el MF que debido a lo anterior, la concursada, con la necesaria participación de AB, aportó a las Administraciones concedentes facturas duplicadas que no se correspondían con actuaciones ejecutadas sino con anticipos a cuenta, y ello con la finalidad de evitar el reintegro de las ayudas públicas por incumplimiento de una condición esencial y conseguir la indebida concesión de nuevos fondos, agravando de esta forma la insolvencia; al cierre del ejercicio 2010 (las obras se iniciaron en abril de 2010 y se paralizaron en septiembre de 2010), la tesorería de la concursada ascendía de

685.520 €. Así, alegan los demandantes que antes de dar inicio a las obras (abril de 2010) había recibido AB pagos por importe de 4.188.523,40 €: además de cantidades en concepto de arras y trabajos previos, un 15% del contrato y un segundo 15% (1.721.878,20 €) a la entrega de los trabajos de ingeniería, afirmando que para alcanzar el hito 2 de pago, AB emitió la factura 08B/0003 en concepto de “acciones de formación de operarios” que no se habían realizado.

3.2.1.2. KM: la idoneidad de los terrenos resultaba avalada por los estudios logísticos (proximidad a los campos donde había que recoger los purines y verter el líquido resultante como fertilizante) y por los estudios medioambiental, geológico e hidrogeológico que iban a ser requeridos por las distintas Administraciones competentes (Ayuntamiento de Karrantza, Diputación Foral de Bizkaia, Dirección de Calidad Ambiental del Gobierno Vasco, Urbanismo del Gobierno Vasco y Departamento de Agricultura, Pesca y Alimentación del Gobierno Vasco). El coste era asumible. Teniendo en cuenta lo anterior, se decidió adquirirlos incluso antes de solicitar formalmente la licencia de actividad porque la iniciación de tal tramitación, previamente a la adquisición de la propiedad, era un riesgo inasumible de gestión porque el coste de adquisición se habría multiplicado muy sensiblemente. Se tenía el visto bueno de las instituciones públicas. La decisión de URA, comunicada el mismo día que se iba a tratar la aprobación de las NNSS, fue sorpresiva porque, además, otras Direcciones del mismo Departamento habían colaborado con el proyecto desde el primer momento y porque los estudios tecnológicos evidenciaban la existencia de acciones correctoras.

3.2.1.3. Los administradores sociales de KM: la ubicación no la eligió KM. Se eligió en abril de 2005 con el informe realizado en dicha fecha por EPTISA-CINSA a petición de NEIKER (empresa pública dependiente del Gobierno Vasco) para analizar las distintas soluciones posibles para realizar el transporte de los purines de las explotaciones ganaderas implantadas en el Valle de Karrantza, concluyéndose que la estación de purines debía instalarse en el polígono de Matienzo. Los consejeros se limitaron a adquirir los terrenos donde señalaba el informe, debiéndose suponer, afirman, que quien informa en el año 2005 que la planta debe ubicarse en Matienzo lo hace con conocimiento de causa y habiendo realizado todos los estudios pertinentes. El informe de Gutiérrez Bureau D' Auditears (doc. 13 AC) en su página 62 concluye que “por causas ajenas se tuvo que cambiar de ubicación a una nueva zona denominada Torcachas”.

3.2.1.4. D. Martín Ascacibar Gregorio: vinculando la adquisición al informe NEIKER y considerando prudente la adquisición para evitar subidas de precio, argumenta que la comunicación de URA fue una sorpresa porque URA dependía del Departamento de Medio Ambiente y la Dirección de Calidad Ambiental de dicho Departamento estaba informada del proyecto, siendo inconcebible que siendo el Departamento de Medio Ambiente conocedor del proyecto, dada la coordinación entre el Departamento de Medio Ambiente y el Departamento de Agricultura, y dada la continua colaboración con la Dirección de Calidad ambiental del Departamento de Medio Ambiente, URA no hubiera manifestado nada dentro de su Departamento en un proyecto de tantos años de desarrollo. Afirman que el cambio forzado de localización de los terrenos no tiene ninguna relación con la generación o agravación de la insolvencia y no dependió de la voluntad y actuación de nadie que representara a KM.

3.2.1.5. AB: el gasto de adquisición en Las Torcachas, siendo el único apto en cuanto a la calidad del suelo y cercanía, tendría que haberse hecho en todo caso, no pudiéndose considerar

como pérdida. En cuanto al costo de adquisición del terreno de Matienzo, afirma que no puede decirse que la pérdida de los 192.000 € fuera total pues aunque no fuera útil para la planta podría ser válido o habilitado para otras funciones, incluso residenciales, lo que hace que tenga un valor intrínseco en el mercado que no puede refutarse pérdida total. Se vende y en la medida de lo posible se obtiene el reintegro del precio satisfecho. En el peor de los casos, añade, estamos hablando de 192.000 € dentro de un proyecto que, en junio, representa la suma de casi 13.000.000 €. Luego una desviación de escasamente el 1% del presupuesto, no puede ser reputada como causante del concurso o agravante del mismo dada la escasa trascendencia que tiene en el conjunto de volumen económico de la operación. Añade, no obstante, que *“la única decisión que pudiera ser cuestionada, y, en parte imprevisible, dada la complejidad del tema, que no es algo desdeñable, es que el adquirido en el Barrio de Matienzo ya no era útil, y su coste, de 192.000 €, podría estimarse como superfluo”*.

3.2.1.6. Caja Laboral: es práctica habitual la compra de terrenos sin licencia; la solicitud y consultas previas, habrían incrementado probablemente el precio de venta de los terrenos. AB y el Gobierno Vasco llevaban trabajando el proyecto desde 2004/2005, defendiendo ambos la ubicación de Matienzo. En junio 2006 AB ubicó la planta en Matienzo en el documento “proyecto planta purines”, y hasta el año 2007 fue presidente y consejero de AB la fundación INASMET del Gobierno Vasco, que, posteriormente y a través de URA, rechazó la ubicación. Desde un inicio el Gobierno Vasco, y concretamente D. Martín Ascacibar, entonces Director de Innovación y Desarrollo del ejecutivo autónomo, participó directamente en el impulso del proyecto en Matienzo y era quien trataba con las Administraciones públicas, concretamente con URA. Con tales antecedentes no podía preverse un rechazo de URA para la ubicación de la planta. La propia AC cuando presentó a la Junta las cuentas, teniendo KM suspendidas sus facultades de administración y disposición, considera “sobreenvenida” la decisión de la Administración pública (doc. 7). En la página 7 de 15 de la memoria, al tratar en el epígrafe 2 sobre “Exposiciones sobre el Activo Inmovilizado”, dice literalmente: *“... ya que el terreno adquirido en 2007 por importe de 206.666,53 €, se consideró sobreenvidamente por la administración que no reunía las condiciones necesarias para la construcción de la planta.”*

3.2.2. RESOLUCIÓN

Dispone el art. 164.1 LC: *“El concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o (...), en el caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2.”*

Por lo tanto, son presupuestos para la declaración del concurso como culpable (SAP de Bizkaia, sección 4ª, de: a) una acción y omisión del deudor o de sus representantes legales y en el caso de persona jurídica de sus administradores o liquidadores de hecho y de derecho, apoderados generales; b) generación o agravación del estado de insolvencia; c) nexo causal entre la acción y omisión y la generación o agravación de la insolvencia; d) imputabilidad de la generación o agravación del estado de insolvencia a la conducta causante o agravante en las personas señaladas a título de dolo o culpa grave, quedando excluida la culpa leve.

Y la culpa grave implica la falta de la diligencia más elemental; una conducta absolutamente imprevisora o descuidada.

En el presente caso, no puede concluirse que la conducta del administrador único de KM a la fecha de adquisición de los terrenos, D. Ángel María Ruiz Quintano, fuera absolutamente imprevisora o descuidada, pues su decisión vino precedida de una serie de actuaciones de la Administración pública que avalaban la idoneidad de los terrenos, lo que determinó que adquiriera sin previsión razonable de posterior rechazo por la propia Administración. No sólo existía un informe de estrategia que hablaba de “ubicación definitiva”, sino que la Administración pública, siquiera en el ámbito de sus competencias, trasladó al administrador de KM, y éste a los ganaderos en la cooperativa, que esa ubicación era la adecuada. Téngase en cuenta que no fue KM la que estudió dónde debería ubicarse la planta; fue la Administración la que lo hizo con un, debe presumirse, razonable y lógico propósito de éxito, lo contrario rozaría el absurdo. Luego parece razonable que si la Administración no sólo estudió, sino que de alguna forma dio el visto bueno a la ubicación, el administrador único adquiriera sin previsión de que tales terrenos no resultarían idóneos y mucho menos de que tal decisión pondría en riesgo la solvencia de la sociedad. La adquisición es de 2007 y la declaración de concurso de 13 de julio de 2011. Y esta influencia de la Administración pública en el administrador social de KM es admitida por la AC y el MF, desde el momento en que están solicitando la declaración de afectado del Sr. Ascacibar en condición de administrador de hecho, no pudiendo obviarse que el Sr. Ascacibar era en la fecha Gobierno Vasco, no actuando a título particular sino en representación de la Administración, hecho éste que desde luego no ha sido controvertido o por lo menos no se ha alegado abierta y expresamente. Por ello, aun habiendo tenido la adquisición de los terrenos graves consecuencias en la trayectoria del proyecto, produciéndose una evidente descoordinación entre la ejecución de la obra y la financiación como consecuencia de la demora producida, tal decisión no puede imputarse a título de culpa grave al administrador de KM habida cuenta el contexto en el que se adoptó.

Hechos los razonamientos anteriores, paso a analizar el resultado de la prueba practicada en relación con esta cuestión:

El informe de EPTISA CINSA (tomo 1, solicitud de concurso, folios 290 y 291) de abril de 2005, con el título “Distintas alternativas del transporte de purines en el Valle de Karrantza”, elaborado a instancias de NEIKER-INSTITUTO VASCO DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO AGRARIO, S.A., que lo solicitó el 10 de marzo de 2004 (folio 294) con la finalidad de estudiar la ubicación más idónea de la planta, es del siguiente tenor en su apartado 6:

“A continuación se procede al estudio y valoración de la situación idónea de la parcela sobre la que se construirá la planta de tratamiento de purines del Valle de Karrantza.

Se tratará de localizar el punto idóneo que verifique una serie de condicionantes que afectarán a la selección de dicha ubicación.

Los condicionantes previos se pueden desglosar en los siguientes:

Minimización de las distancias a las explotaciones ganaderas, y fundamentalmente a las que producen mayores excedentes de purines.

Disponibilidad de accesos dimensionados adecuadamente al transporte de camiones.

Calificación del terreno que permita la construcción de las instalaciones industriales para la depuración de los purines.

Disposición de los servicios necesarios para abastecer a las nuevas instalaciones, tales como agua potable, acometidas eléctricas, etc.

Minimización de los impactos ambientales provocados por las instalaciones de tratamiento de purines.

Coordinación con los planeamientos urbanísticos previstos en la zona, de forma que no se hipoteque o limite su desarrollo local a corto o medio plazo.

Superficie disponible suficiente para la implantación de las instalaciones de tratamiento y cogeneración.

Disponibilidad de conexión con la red de saneamiento.

Dada la distribución de las explotaciones ganaderas y el trazado de los viales por los que discurrirán los vehículos de transporte parece adecuado en principio ubicar la depuradora en el entorno del barrio de Concha. En esta zona confluyen las carreteras correspondientes al 80% de los purines excedentes. Una vez visitada la zona se comprueba que no se dispone actualmente de terrenos con calificación para implantar esta instalación. Asimismo y tras conversaciones con los técnicos de urbanismos municipales se comprueba que una planta depuradora de estas características tendría una considerable interferencia con la planificación urbanística actual. Además, los impactos provocados por esta depuradora serían muy importantes, ya que sería fácilmente visible y cercana a los núcleos urbanos importantes, lo que favorecería entre otros impactos la detección de los olores o ruidos generados. Por otra parte, el gran volumen de tráfico que generará la explotación prevista pasaría por este importante núcleo urbano o por sus proximidades.

Tras nuevas comprobaciones, se redistribuyó el planteamiento de los recorridos de los camiones considerando la disponibilidad actual de unos terrenos que formarán parte del futuro Polígono Industrial de Matienzo, incluido dentro de la planificación municipal. La superficie disponible es muy superior a la necesaria y dispondrá de los servicios necesarios una vez sea ejecutado.

Esta ubicación permite realizar los transportes de purines a través de vías secundarias sin necesidad, para la mayoría de las explotaciones ganaderas de acercarse a los núcleos urbanos principales.

En esta zona, se dispondrá de una línea eléctrica de 30 KV necesaria para realizar el enganche requerido en las condiciones idóneas para el sistema de cogeneración que se pretende instalar.

*Por otra parte, en el **Polígono Industrial de Matienzo**, además de reducirse el impacto provocado por el tránsito de vehículos en las zonas más sensibles, se reduce también otros impactos generados por este tipo de instalaciones, tales como: impacto visual, olores, ruidos.*

Todas estas razones justifican la idoneidad de este punto como de ubicación definitiva de la Estación Depuradora de purines del Valle de Karrantza.

Para verificar esta conclusión se procede al estudio del transporte de purines particularizado para dicha ubicación, verificando los recorridos y estimando los costos resultantes.

La ubicación propuesta, así como los trazados previsibles del transporte de purines se han representado en el plano que se adjunta a continuación.

Seguidamente se exponen los cuadros que resumen las distancias parciales de cada explotación y los costes finales resultantes.”

Y es que la situación estratégica tampoco era una cuestión menor, afectando a la viabilidad económica del proyecto en el sentido de sostenibilidad futura sin costo para la Administración. Y en este sentido ilustrativo es el informe del Dr. Flotats ya mencionado (solicitud de concurso, folios 316 y ss.):

Página 4: *“Cuando se ha llegado a la conclusión de que es necesario aplicar una estrategia de tratamiento, hay que decidir si ésta ha de realizarse en propia granja o de forma colectiva en una planta gestora de residuos (...). La mejor opción será aquélla que aporte un menos coste global, **teniendo en cuenta costes totales de transporte (...).**”*

Página 5: *“Las condiciones para hacer posible el éxito de una planta de este tipo no se dan en cualquier lugar y circunstancia, y es necesario un estudio de detalle previo que englobe aspectos de organización, gestión, transporte (...). Todo tratamiento presenta un coste económico, **pero será interesante si éste, más el coste de transporte del efluente tratado, es menor al coste de transporte para valorar las deyecciones mediante la aplicación a los cultivos en las dosis adecuadas.** Evaluar el coste de transporte actual da un valor muy útil para tomar decisiones.”*

Página 13: *“Los costes de transporte son el limitante en el proceso de tratamiento y, debido a la dispersión geográfica de las granjas, así como a las características de las carreteras y accesos, debe estudiarse con detalle las características del parque de camiones y cubas necesario, como parte constitutiva y básica del proyecto global de tratamiento.”*

Página 16: *“Se recomienda que una vez realizado el plan de gestión marco inicial, la empresa adquiera un sistema de información geográfico de la zona, con introducción de todas las granjas de todo tipo (ovino, vacuno,..) y todas las parcelas agrícolas susceptibles de abonado, así como **los caminos y vías de transporte (...).**”*

Página 27, conclusiones: *“La hipótesis inicial básica de considerar una única planta centralizada de tratamiento de purines debe ser reconsiderada, a través de un análisis detallado con toda la información necesaria sobre distribución geográfica exacta de granjas, sus capacidades, **distancias, caminos y carreteras de paso, parque de camiones o cubas necesario y costes de transporte.**”*

Se informa favorablemente la orientación de solución tecnológica aportada por ADE Biotek-Levenger-INASMET, por ser apropiada a la problemática, a la tipología de deyecciones ganaderas, por estimarse que es sostenible económica y ambientalmente, y por ser fácilmente escalable en caso de un estudio más detallado del problema del transporte diera como solución la necesidad de adoptar varias plantas de menor dimensión en lugar de una única.”

Página 28, anexo 1: *“La **solución idónea**, con sus variantes, **depende básicamente del coste, el cual depende** del caudal a tratar (función década granja), de los precios de la energía (depende de la*

política de primas vigente en cada momento), de las distancias y costes de transporte, y de la conveniencia de un tratamiento colectivo.”

Se colige de lo anterior que la ubicación estratégica de la planta no era una cuestión baladí. Y en este sentido también, el testigo D. Juan Andrés Legarreta, designado por la Universidad del País Vasco para emitir informe sobre la “viabilidad de la planta de tratamiento de purines” a solicitud de la Viceconsejería de Pesca e Industrias Alimentarias del Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial, Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco, declaró (V35, 26:11) que KM “*daba soluciones a los problemas pero que en cada solución que se daba surgían nuevos problemas*”, afirmando que un “**claro ejemplo**” fue el terreno. Afirmó que “*el cambió de localización ya suponía ciertos desajustes, mejoraba algo pero dificultaba otras cosas, como podía ser el transporte de los purines.*”

También el hecho de que desde que iniciara su andadura el proyecto se barajaran diferentes ubicaciones evidencia la dificultad que comporta la localización. Así, en el informe Eptisa Cinsa y en la comparecencia del Consejero de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco ante la Comisión de Agricultura y Pesca el 10 de noviembre de 2003 (doc. 1 del informe AC, sección sexta, folios 1291 y siguientes) se habla de localizar la planta en Concha. Afirma el Sr. Consejero en dicha comparecencia que “*los terrenos los ha adquirido el Ayuntamiento de Carranza y están ubicados como a kilómetro y medio más abajo del barrio de Concha, en dirección al río*” (folio 1297), afirmando, incluso, “*creer que se estaba tramitando la modificación de las Normas Subsidiarias para posibilitar la implantación de la planta*” (folio 1297), y en la vista declaró el Sr. Ascacibar que hubo otra propuesta de situar la planta en la zona “mina de Matienzo”, lo que se descartó por su alto coste.

Por lo tanto, no parece descabellado que el Sr. Ruiz-Quintano, con un informe sobre un elemento relevante para la viabilidad de la planta como lo era su ubicación desde un punto de vista estratégico, y con las valoraciones positivas procedentes de las Administraciones públicas, decidiera junto con otros ganaderos de la cooperativa comprar los terrenos, unido ello a un costo (192.000 €) asumible. Se ha sugerido que uno de los terrenos comprados era de uno de los ganaderos que finalmente formaría parte del consejo de administración de KM, y así es, cuestión ésta que por sí sola es irrelevante una vez verificada la idoneidad de los terrenos por su concreta ubicación y no constando que el precio no se ajustara a las condiciones de mercado, lo que ni siquiera se ha alegado. Parece difícil, por otra parte, que los terrenos no fueran de un familiar, vecino, amigo o conocido de Karrantza; hablamos de una localidad pequeña y ganadera donde el terreno es fuente de ingresos en cuanto que sirve de pasto para el ganado. Por lo tanto, que el terreno que se considerara idóneo para la explotación de la planta perteneciera a un ganadero era altamente probable, no pudiendo tener incidencia alguna en la resolución.

A lo anteriormente dicho se añaden las dificultades que la orografía y las características del suelo del Valle de Karrantza comportan en cuanto limitantes de las alternativas de ubicación. De hecho, URA sólo autorizó la instalación en cinco parcelas, hecho no controvertido, y D. Martín Ascacibar, Director de Innovación, entendía que si la planta no se construía en Matienzo no podría realizarse en ninguna otra ubicación. Así lo declaró D. Felipe Mendibil, quien asesoraba desde el punto de vista técnico a los administradores de KM. Declaró aquél (V 24; 15:46) que en febrero de 2008 le llamó Martín para ir a Vitoria, porque URA había denegado la autorización para construir la planta en Matienzo. Afirmó el Sr. Mendibil que el Sr. Ascacibar

discutió acaloradamente con el Sr. Esparza y que en uno de los puntos Martín le dijo que si no podía ubicarse la planta en Matienzo no podría ubicarse en ningún punto del Valle porque todo el Valle era cárstico. Es decir, no parece que el Gobierno Vasco desconociera en general que el suelo pudiera ser cárstico, y así lo dio a entender el Sr. Ruiz-Quintano Torres, argumentando que no vieron que pudiera haber problema alguno porque en Europa las plantas se construyen a nivel freático. En su comparecencia ante la Comisión de Agricultura y Pesca (página 13), reproducida en la vista, declaró el Sr. Ruiz-Quintano que “suponían” que iban a construir sin ningún problema en los terrenos porque son terrenos *“perfectamente llanos, bien situados”*, añadiendo que *“sabíamos que era un suelo carstico, pero con las geologías que hacíamos, pues entendíamos que se podía realizar, porque habíamos visto en Dinamarca y Francia, y en Dinamarca y en Holanda, plantas en situaciones a nivel freático, y es lo que empezamos a hacer, tramitar ahí la licencia de actividad y todo eso.”*

En cuanto al visto bueno que la Administración pública habría dado a la adquisición, el Sr. Ascacibar declaró (V18; 21:47) que cuando ven los terrenos, él en representación del Gobierno Vasco, la Diputación Foral de Bizkaia y el Ayuntamiento de Karrantza no ven problema alguno desde el punto de vista de sus responsabilidades, planteándose como primera actuación la modificación de las Normas Subsidiarias. Afirmó el Sr. Ascacibar que lo más difícil era elegir una ubicación porque nadie quiere tener una planta junto a su casa (25:59). Añadió que ellos *“no son expertos ni en urbanismos ni en geología, ni en nada de nada”*, pero tal objeción es claro que no la trasladó a los ganaderos cuando se vieron en la tesitura de adquirir los terrenos. A esta misma reunión que aludió el Sr. Ascacibar se refirió el testigo D. Jesús María Gonzalo Aristondo, administrador único de la mercantil Urbe Arquitectos contratada para modificar las Normas Subsidiarias en relación con los terrenos de Matienzo. Declaró el Sr. Aristondo (V38) que inició su relación en 2006 y 2007. Afirmó que en aquel momento *“mantiene contactos con D. Martín Ascacibar, que estaba presente en el tema como representante del Gobierno Vasco, con la Diputación y con el Ayuntamiento de Karrantza para ver las posibilidades técnicas del terreno.”* Añadió el Sr. Aristondo (06:19) que el Sr. Ascacibar *“era quien decía lo que había que hacer y cómo porque decía que la planta de purines era importante.”*

Que la Administración pública diera el visto bueno para iniciar la modificación de las Normas Subsidiarias es indicativo de que no advirtió obstáculo alguno, en otro caso no tendría sentido iniciar tal proceso, y esa “opinión favorable” es la que se traslada a los ganaderos. Ilustrativas son las declaraciones del Sr. Ascacibar porque verbaliza una absoluta implicación en la cuestión. Así, declaró (V18, 21:48) *“cuando vimos esos terrenos, aparte de que encargamos un informe de ingeniería y nos recomienda cuál es el mejor, y dice que es el mejor.”* Añadió el Sr. Ascacibar que cuando se planteó la modificación de las Normas Subsidiarias no se vio ningún problema. Añadió que *“mi Consejero indica que está totalmente coordinado con el Departamento de Medio Ambiente.”* No cree la Juez que la declaración del Sr. Ascacibar no responda a la realidad de lo sucedido cuando está dando entrada a un tercero, “su Consejero”. A preguntas de la AC sobre si se podía decir que KM seguía *“las indicaciones que desde el Gobierno Vasco efectuaba”*, declaró el Sr. Ascacibar (24:08): *“no, yo no he dicho eso. Digo que hay un informe que dice que es la mejor solución y que allí nos reunimos Gobierno Vasco, Diputación y Ayuntamiento de Karrantza y Guvac.”* En todo caso, y con independencia de cómo se vistiera el traslado de la información, si a través de “indicaciones”, “sugerencias”, “recomendaciones”, lo que queda acreditado es que el Sr. Ascacibar representando al Gobierno Vasco puso de manifiesto, sin objeciones, que los terrenos no comportarían problema alguno, y

tampoco con Medio Ambiente pues en otro caso no se referiría D. Martín a la coordinación con tal Departamento. Si hace hincapié en que existía coordinación con Medio Ambiente será porque cuando trasladaba que no habría problema alguno estaba tomando también en consideración a tal Departamento. Y además tiene sentido; no se imagina la Juez una situación en la que habiendo recabado informe el Gobierno Vasco sobre la ubicación de la planta, decidieran los ganaderos de KM adquirir en una ubicación distinta de la informada. No parece que ello tuviera mucho sentido. Finalmente, la coordinación con Medio Ambiente parece que no fue la suficiente. A preguntas del Letrado de la designada como afectada D^a. Concepción García Alonso, respondió el Sr. Ascacibar (V 23, 07:16) que su participación no fue *“más allá de la reunión que tuvo con todas las Administraciones y la Diputación, y nosotros decíamos que se podía hacer allí una planta por suelo urbano, “opinábamos que no había ningún problema, pero no emitíamos informe ni dictamen alguno.”*

Añadir que el propio MF inicia sus alegaciones afirmando que la ubicación de la planta se estableció (negrita de quien suscribe) *“conforme a las **recomendaciones** de los estudios iniciales que, a su vez, se basaban en los datos proporcionados por ADE BITOEC”* (página 9).

En definitiva, la decisión del administrador único de KM fue fruto de un proceso de valoraciones de la Administración pública favorables a la idoneidad de los terrenos, que no podían comportar una previsión de rechazo de la propia Administración y posterior estado de insolvencia de la sociedad como consecuencia de ello.

Finalmente, no puede pasar desapercibido que la Administración, conocido el cambio de ubicación y sus circunstancias, concedió prórrogas para la realización y posterior justificación de las actividades subvencionadas.

Así, resulta del informe del TVCP (tomo 12, folio 4106) que en el marco del programa Ikerketa 2006, KM solicitó el 26 de mayo de 2008 una prórroga de 18 meses para la finalización del proyecto, *“dado que se había producido un cambio en la ubicación inicialmente prevista de la planta”*, y que dicha prórroga fue concedida por Resolución del Director de Innovación y Desarrollo Tecnológico Sr. Ascacibar, no constando resolución alguna desautorizando tal decisión.

Asimismo, el Ministerio de Ciencia e Innovación concedió una prórroga de 7 meses (el máximo plazo previsto legalmente) a fin de ejecutar las actuaciones contenidas en el convenio de 10 de octubre de 2007 (tomo 10, folios 3563 y 3564). El escrito de solicitud de prórroga, de fecha 12 de diciembre de 2008, es del tenor siguiente:

“Muy Sra. Nuestra;

Karrantzako Minda, Si acordó conveniar con el MEC ahora MCI la subvención nominativa del ejercicio 2007 con cargo a la partida presupuestaria (...).

El plazo de dicha subvención era de 14 meses y finaliza el 31 de diciembre de 2008.

Para el inicio de las obras de construcción de la planta, se ubicó en una parcela situada en el barrio de Matienzo en Karrantza, para lo cual se inició la Modificación Puntual de NNSS y el Estudio Conjunto de Impacto Ambiental asociado. Para realizar esos trámites se compró la parcela, se

indicaron los trámites y se aprobó inicialmente por parte del Ayuntamiento, seguidamente se hicieron los estudios técnicos, en los que se incluyen los estudios medioambientales, geológicos y hidrogeológicos.

La redacción de estos ensayos dio como origen el descubrimiento de que el suelo era muy permeable y existía peligro de contaminación de acuíferos. Con esta circunstancia se consultó al organismo de cuenca si la implantación de medidas correctoras podría suplantar el problema surgido, la respuesta (verbal) era que no era posible ya que existían otras posibles ubicaciones.

Con estas conclusiones se inició la búsqueda de otra parcela que no presentara los problemas anteriores y se encontró la parcela del barrio Las Torcachas, iniciando el trámite anteriormente descrito, encontrándonos en la actualidad que nos hallamos en la fase de Aprobación Provisional de la Modificación de NNSS.

Acompañamos aprobaciones municipales, donde se comprueba el retraso que nos ha originado el traslado de parcela y un extracto del estudio hidrogeológico de la parcela de Matienzo.

Una vez que hemos dispuesto los parabienes de la nueva ubicación hemos contratado el “llave en mano” de la planta con la empresa Ade Biotec, de la cual añadimos el planning de contrato con esta empresa (...).”

El Ministerio de Ciencia e Innovación, con fundamento en el artículo 49 de la Ley 30/02 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acordó conceder una prórroga de 7 meses por aconsejarlo las circunstancias y no perjudicarse a terceros.

No parece que una circunstancia que se consideró por la Administración justificativa de la prórroga de una subvención, pueda constituirse ahora en supuesto de culpabilidad del concurso.

Consecuentemente debe rechazarse el supuesto de culpabilidad.

3.3. PAGOS ANTICIPADOS a ADE BIOTEC

Para la mejor comprensión de las alegaciones de las partes procede partir de los siguientes hechos que han sido admitidos o probados en la forma que se dirá:

3.3.1. HECHOS PROBADOS O ADMITIDOS

3.3.1.1. Contrato llave en mano: la cláusula 4.2.3 del contrato llave en mano de 10 de octubre de 2008 (tomo 1 del incidente 669/12, folio 37 vuelto) regula en qué términos se pagaría el precio (11.479.180 €, sin IVA; folio 36) pactado por AB y KM:

“1.- Primera Cuota: 15% del Precio del Contrato, al contado a la firma del mismo.

2. Segunda Cuota 15% del Precio del Contrato, contra la entrega por el Contratista de los documentos de ingeniería definidos en el Anexo 8, y la factura correspondiente. El pago se realizará mediante cheque en un plazo máximo de 15 días.”

3. *Tercera Cuota 60% del Precio del Contrato se abonará mediante el régimen de certificaciones mensuales correspondientes al de suministro de equipos y completa ejecución de la Planta con arreglo a lo señalado en la Cláusula 4.2.2 de este Contrato.*

4. *Cuarta Cuota 5% del Precio del Contrato tras la finalización con éxito de la Fase 1.*

5. *Quinta Cuota 5% del Precio del Contrato tras la Recepción Provisional.*”

La cláusula 4.2.2 a la que se remite la tercera cuota que se pagaría en régimen de certificaciones es del tenor siguiente (folios 37 y siguientes):

“Las proformas de certificaciones se confeccionará por el Contratista con periodicidad mensual fechadas el último día del mes a facturar y todas ellas se presentarán bajo la modalidad de “certificación a origen.” El Contratista presentará una proforma de la certificación para revisión al Propietario entre el 25 y 30 de cada mes reflejando los trabajos realizados en dicho mes.

El Propietario aprobará o efectuará los reparos que estime pertinentes por escrito a las proformas certificaciones parciales dentro de los 8 días siguientes a su presentación. Transcurrido este plazo sin mediar contestación, se entenderá aprobada la proforma de certificación desde ese mismo momento, que pasará a tener la consideración de certificación definitiva, únicamente a efectos de factura para el pago y sin perjuicio de comprobaciones posteriores.

En el caso de que no se aprobase una proforma de certificación por existir puntos de discrepancia, el Contratista emitirá una nueva proforma certificación con la misma fecha que la revisada, en la que sólo se incluyan las partidas sobre las que exista acuerdo. Las unidades de desacuerdo se deducirán de la proforma de certificación, siendo finalmente resuelta la cuestión mediante el sistema de mediación regulado en la cláusula 9.5 de este Contrato.

Entre el día 5 y 10 de cada mes, el Contratista remitirá al Propietario dos copias de la certificación aprobada o modificada como corresponda.

El Contratista emitirá una factura por cada certificación mensual. El Propietario abonará el importe correspondiente a cada factura que será abonada, en el plazo de (,,,) 60 días desde la fecha de aprobación de la certificación mediante la entrega de pagaré. En el plazo de 5 días desde la aprobación de la certificación, el Contratista deberá presentar la factura correspondiente. El Propietario entregará dicho pagaré a los 15 días de la fecha de la factura.

Todas las facturas que se regulan en el presente apartado y en el anterior se considerarán a buena cuenta y como anticipo del pago final del Precio del Contrato y sin que supongan en forma alguna aprobación del Alcance o parte del mismo por parte del Propietario.

Todos los pagarés que correspondan a pagos según cláusulas 4.2.1 y 4.2.2 se enviarán al Industrial en el plazo máximo de 15 días de la entrega de la factura correspondiente.”

3.3.1.2. Acuerdo Marco (cláusula 4ª): este Acuerdo celebrado entre GUVAC, AB y KM el 19 de febrero de 2007 (tomo 1 solicitud de concurso, folios 366 y siguientes) previó un pago de 400.000 € en concepto de arras (folio 370): *“El contrato de Construcción Llave en Mano preverá un anticipo por importe de (...) (400.000 €) que el Promotor entregará a ADE BIOTEC en concepto de arras y en garantía de la formalización del Contrato Llave en Mano, que se*

aplicará contra el primer pago del precio estipulado en el mismo, de acuerdo con los siguientes plazos y formas de pago”: 150.000 € a la firma del Acuerdo Marco y 250.000 € con anterioridad al 9 de abril de 2007.

3.3.1.3. Gastos: en el contrato llave en mano, cláusula 4.1 (tomo 1 del incidente 669/12, folio 36) se reconoce que, además, KM ha pagado la cantidad total de 344.827,58 € más IVA, en concepto de trabajos ya realizados (identificación de tecnologías, corrección del proyecto básico, identificación de tecnólogos, establecimientos de pliegos de oferta, análisis de las ofertas, etc.)

3.3.1.4. Modificación de los hitos de pago: los hitos señalados fueron modificados porque debido al retraso en la ejecución de la obra no podían justificarse las subvenciones, conviniendo KM y AB los siguientes hitos de facturación (tomo 5 incidente 669/12, folio 1213):

- 1^a 15% contrato
- 2^a 73.900 € en concepto de formación
- 3^a 222.338,80 € en concepto de recepción de purines
- 4^a 1.141.643,40 € entrega proyecto visado
- 5^a 60% certificaciones de obra
- 6^a 5% pruebas en vacío
- 7^a 5% recepción provisional

El representante de AB, Sr. González Urigoitia, declaró en su comparecencia ante la Comisión de Medio Ambiente, Planificación Territorial, Agricultura y Pesca el 4 de mayo de 2011 que las cuotas 2, 3 y 4 suman los 1.721.000 € que se corresponden con el segundo 15% del contrato convenido como hito segundo.

El acuerdo se documentó en los siguientes términos:

“En Bilbao a 15 de abril de 2009

REUNIDOS:

D. ÁNGEL MARÍA RUIZ-QUINTANO TORRE, (...) actúa en nombre y representación de la Mercantil KARRANTZAKO MINDA, S.L., (...) en su condición de Consejero Delegado de la misma, cargo que asegura vigente y del que resultan facultades bastantes para este acto y para el que fue designado mediante acuerdo del Consejo de Administración de la sociedad celebrado con fecha 19/12/2007.

D. ALFREDO GONZÁLEZ URIGOITIA, (...) actúa en nombre y representación de la Mercantil ADE BIOTEC, S.L., (...)

MANIFIESTAN Y CONVIENEN

I. Que con fecha 10 de octubre de 2008 KARRANTZAKO MINDA, S.L., Y ADE BIOTEC, S.L., suscribieron un CONTRATO LLAVE EN MANO (...).

II.- De conformidad con lo establecido en la cláusula 4.2.3 del Contrato Llave en Mano, KARRANTZAKO MINDA, S.L., va a proceder a abonar en próximas fechas a ADE BIOTEC, S.L., la

Tercera Cuota del Precio, esto es, 506.334,80 € (Iva no incluido), en concepto de adelanto a cuenta de la ejecución de los siguientes conceptos: 222.338,80 € (recepción de purines y residuos sólidos); 45.000 € (desarrollo de codigestión anaeróbica termofílica); y 238.996 € (desarrollo de la desulfuración biológica).

III.- Que ADE BIOTEC se compromete y obliga expresamente y con carácter irrevocable a depositar el importe de la base imponible (es decir exceptuando el Impuesto del Valor Añadido) de las facturas arriba señaladas en una cuenta abierta a su nombre en IPAR KUTXA RURAL, S. Coop. De crédito y a no disponer de dicho saldo hasta el cumplimiento de los requisitos establecidos en el hito número 4 del apartado 4.2.3. del contrato entre Ade Biotec y Karrantzako Minda, lo que se acreditará mediante certificado emitido al efecto por D. Felipe Mendibil Crespo, director técnico de KARRANTZAKO MINDA, S.L.”

(La letra negrita del acuerdo es de quien suscribe)

Además, en relación con el hito 5º, acordaron AB y KM (folio 1214) la emisión de 10 facturas de igual importe correspondientes al 10% del 60% de dicho hito, emitiéndose por tal razón a finales de 2009 tres facturas de igual importe (688.750,80 €), si bien sólo se pagó la de fecha 30 de noviembre de 2009 (9B/0008). En relación a estas facturas obra la siguiente documentación:

Doc. 8 (incidente 669/12, folio 1233):

“En Bilbao a 15 de diciembre de 2009

REUNIDOS:

D. FELIPE MENDIBIL CRESPO, (...) actúa en nombre y representación de la Mercantil “KARRANTZAKO MINDA, S.L., (...).

D. ALFREDO GONZÁLEZ URIGOITIA (...), actúa en nombre y representación de la Mercantil ADE BIOTEC, S.L., (...).

MANIFIESTAN Y CONVIENEN

I. Que con fecha 10 de octubre de 2008 KARRANTAKO MINDA, S.L., y ADE BIOTEC, S.L., suscribieron un CONTRATO LLAVE EN MANO (...)

*“II.- De conformidad con lo establecido en la cláusula 4.2.3 del Contrato Llave en Mano, KARRANTZAKO MINDA, S.L., va a proceder a abonar a ADE BIOTEC, S.L., la cantidad de **688.650,86 € (Iva no incluido) en concepto de adelanto a cuenta de la 1ª certificación** correspondiente a la **Quinta Cuota del Precio.**”*

III. Que ADE BIOTEC se compromete y obliga expresamente y con carácter irrevocable a depositar el importe de las facturas arriba señaladas en una cuenta abierta a su nombre en IPAR KUTXA RURAL, S. Coop. De Crédito y a no disponer de dicho saldo hasta la correcta ejecución de los conceptos descritos en el apartado II anterior, lo que se acreditará mediante certificado emitido al efecto por D. Felipe Mendibil Crespo, director técnico de KARRANTZAKO MINDA, S.L.”

(La letra negrita es de la Juez)

Doc. 4 de la contestación a la demanda reconvenicional de AB en el incidente 669/12 (folios 1203 y 1204).

Mail de **9 de diciembre de 2009**, a las 10:18 horas, D. Ibón Lekue al representante de AB:

“te reenvío el e-mail que he recibido de Felipe acerca de una factura que tenemos que elaborar. Como no entendía nada, le he llamado y hemos quedado que facturábamos de la siguiente manera.

El mail al que se refiere el Sr. Lekue es el del mismo día a las 9:34 horas (folio 1204 del incidente), es del siguiente tenor):

*“me hace falta que factures en noviembre 700.000 € más IVA **realizando una certificación por el siguiente concepto**, aprete ne a cuenta” (se entiende parte a cuenta) y parte realizado (esta última la menor) del capítulo de tuberías e instalaciones eléctricas (el capítulo del contrato), la factura ha de estar antes del día 11 de dic.”*

Conforme a lo anterior quedan los anteriores en facturar de la siguiente manera:

“Concepto:

Pago a cuenta de la certificación mensual de noviembre de acuerdo a la 5º cuota según cláusula 4.2.3. del CONTRATO LLAVE EN MANO DE INGENIERÍA, SUMINISTRO Y EJECUCIÓN DE OBRA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PLANTA DE BIOGÁS Y SÓLIDO DIGESTADO PARA LA GESTIÓN, TRATAMIENTO Y VALORIZACIÓN DE RESIDUOS ORGÁNICOS DE ORIGEN BOVINO de fecha 10/10/2008, según el siguiente capítulo:

Cuadros, Instalación eléctrica y de tuberías

Importe 688.750,86 euros

IVA 110.200,13 euros

Total factura: 798.950,99 euros

*Fecha: **Noviembre 2009***

Se les debe enviar la factura antes del 11 de diciembre. Ellos pagarán hacia el 14 o 15 de diciembre.

Cuando tengas un rato lo comentamos y hablamos con Felipe.”

Documento nº 5, (folios 1206). Mail de Ibón Lekue a Alfredo González GSM el **22 de diciembre de 2009** a las 9:13 horas

“Buenos días Alfredo,

de acuerdo con las conversaciones que he tenido con Felipe, hay que elaborar dos facturas:

FACTURA UNO (fecha de la factura 15-12-09):

Pago de la certificación mensual de 15 de Diciembre de acuerdo a la 5ª cuota según cláusula 4.2.3. del CONTRATO LLAVE EN MANO DE INGENIERÍA, SUMINISTRO Y EJECUCIÓN DE OBRA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PLANTA DE BIOGÁS Y SÓLIDO DIGESTADO PARA LA GESTIÓN, TRATAMIENTO Y VALORIZACIÓN DE RESIDUOS ORGÁNICOS DE ORIGEN BOVINO de fecha 10/10/2008, según los siguientes capítulos:

<i>Desarrollo de la desulfurización biológica</i>	<i>1 ud 330.000,00 euros</i>
<i>Desarrollo de la codigestión anaerobia termofílica</i>	<i>1 ud 358.750,86 euros</i>
<i>Base imponible</i>	<i>688.750,86 euros</i>
<i>IVA</i>	<i>110.200,13 euros</i>
<i>Total</i>	<i>798.950,99 euros”</i>

FACTURA DOS (fecha de la factura 31-12-09)

Pago de la certificación mensual de 31 de Diciembre de acuerdo a la 5ª cuota según cláusula 4.2.3. del CONTRATO LLAVE EN MANO DE INGENIERÍA, SUMINISTRO Y EJECUCIÓN DE OBRA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA PLANTA DE BIOGÁS Y SÓLIDO DIGESTADO PARA LA GESTIÓN, TRATAMIENTO Y VALORIZACIÓN DE RESIDUOS ORGÁNICOS DE ORIGEN BOVINO de fecha 10/10/2008, a cuenta de los siguientes capítulos:

<i>Cuadros, instalación eléctrica y de tuberías</i>	<i>1ud</i>	<i>165.000,00 euros</i>
<i>Depósitos incluidos en el capítulo de Obra Civil</i>	<i>1 ud</i>	<i>350.000,00 euros</i>
<i>Desarrollo del biológico aerobio MBR-NAS</i>	<i>1 ud</i>	<i>173.750,86 euros</i>
<i>Base imponible</i>		<i>688.750,86 euros</i>
<i>IVA</i>		<i>110.200,13 euros</i>
<i>Total</i>		<i>798.950,99 euros”</i>

Cuando estén hechas, se escanean y se las envío a Felipe para ver si está de acuerdo (...).”

Aunque el Sr. Ruiz-Quintano negó en la vista (V8, 16:07) que se modificaran los hitos de pago, precisando posteriormente (16:19): “*no, hace muchos años, no creo, que no*”, los documentos demuestran lo contrario, estando documentado el acuerdo que el propio Sr. Ruiz-Quintano, en su condición de Consejero Delegado, alcanzó con el representante de AB el 15 de abril de 2009

Doc. 7 de la contestación de AB en el incidente 669/12 (folio 1230):

3.3.2. ALEGACIONES

AC: AB percibió un 15% a la fecha del contrato, además de las arras y los gastos derivados de los trabajos previos, y otro 15% a la entrega de los trabajos de ingeniería, de forma que antes de ejecutar la obra percibió 4.188.523 € y facturó otros 5.511 €. Afirma la AC que debe “resaltar” lo siguiente: la factura 08B/0003 por “acciones de formación” que se pagó cuando no se había realizado la formación, y las tres facturas antes referidas: 09B/0008; 09B/0009 y 09B/0010 por las cuales habría facturado AB 1.377.500 € y cobrado 688.750 € más IVA, pues sólo se cobró uno.

MF: AB cobró sin haber puesto un ladrillo 4.188.827 euros y facturó sin cobrar 1.400.000 euros. Argumenta el MF que un empresario diligente “*vela porque su adecuada inversión siempre esté justificada en la prestación de un servicio real y un beneficio propio.*” Hace también hincapié el MF en la factura de formación de operarios y en las otras tres referidas.

Demandados: alegan que las facturas se pagaron conforme a lo acordado por las partes y que las dependientes de certificaciones eran “a cuenta” de obra ejecutada, no habiéndose, en consecuencia, realizado ningún pago anticipado.

3.3.3. RESOLUCIÓN:

3.3.3.1. Arras y gastos: comenzando por los primeros pagos, pues AC y MF combaten todos los realizados, las arras responden a la más estricta aplicación del Código Civil y los 344.827,58 € más IVA responden estudios previos cuya realización no han puesto en tela de juicio los demandantes. En cuanto al 15% del precio (1.721.877 €) pagado a la firma del contrato, cantidad que lógicamente se liquidaría con los trabajos que posteriormente realizara AB, nada procede reprochar al mismo pues se realizó conforme a lo pactado en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código Civil) y en el marco de un contrato eficaz (art. 1258 del Código Civil), contrato y pago que no han sido objeto de impugnación por motivo alguno. Procede recordar en este punto la legitimación que el art. 72.1 LC atribuye a la AC para ejercitar no sólo acciones rescisorias, limitadas a los actos realizados en los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, sino otras acciones de impugnación conforme a Derecho (art. 71.6 LC). Ni siquiera han alegado ni intentado acreditar los demandantes que no sea práctica habitual adelantar un 15% en este tipo de contratos. Por el contrario, la experiencia en la resolución de asuntos relacionados con contratos de arrendamiento de obra pone de manifiesto que un pago anticipado al inicio del contrato es práctica habitual, y no sólo en los contratos de obra sino también en otros de distinta naturaleza. En cuanto a la relación de este primer pago con las subvenciones, informa el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas (tomo 12, folios 4105 y 4106) en relación con el anticipo reintegrable Ikerketa 2006, que el anticipo de 400.000 € en concepto de arras no se ha descontado de ninguna de las facturas del contrato sino de una factura adicional emitida por AB en 2008 en concepto de “identificación tecnológica, corrección proyecto básico, identificación de tecnólogos, establecimiento de pliegos de oferta y análisis de las ofertas”, con lo que no habría servido para justificar la subvención. Pero que el pago no sirva para justificar la subvención no significa que KM lo realizara indebidamente, son dos cuestiones que pueden estar o no relacionadas, y en este caso no lo están pues el pago se ajusta a los términos del contrato. Debe reseñarse además en este punto, en la medida en que la justificación indebida podría haberse traducido en una orden de reintegro de la subvención con incidencia en la insolvencia, que en este caso el crédito reconocido en el concurso en relación con el **Ikerketa 2006** es completamente ajeno a la justificación de los anticipos concedidos. Por Resolución de 4 de octubre de 2011 de la Directora de Innovación de Industrias alimentaria se dió inicio al procedimiento de reintegro de los 749.999 euros adeudados por KM en relación esta ayuda La resolución se dicta al amparo del artículo 17 del Decreto 230/2004 al **no haber ingresado el beneficiario en junio de 2011 el importe correspondiente a la tercera cuota**, correspondiendo la cantidad reclamada a la suma de lo pendiente por reintegrar; la tercera y cuarta cuotas. Y por resolución de 16 de abril de 2012 de la Directora de

Innovación e Industrias Alimentarias, se declara la obligación de reintegrar la cantidad referida. El informe del TVCP es de 31 de mayo de 2012 y el Gobierno Vasco no ha exigido el reintegro de la totalidad de los anticipos percibidos, luego en relación con dicha ayuda no cabe sino entender que la Administración pública ha considerado, a la fecha, debidamente justificados los mismos, no correspondiendo al Juez del concurso ni combatir las resoluciones administrativas ni enjuiciar hechos de carácter administrativo salvo con carácter prejudicial “para el buen desarrollo del procedimiento concursal” (art. 8 LC).

Ciertamente, parece que lo que impugnan AC y MF es el propio contrato en la consideración de que sólo favorecía los intereses de AB. Pero frente a dicho contrato ninguna acción de impugnación se ha ejercitado. Por lo tanto, debe partirse de su eficacia y carácter obligatorio para las partes (art. 1258 del Código Civil).

3.3.3.2. En cuanto a las **FACTURAS** cuyos pagos se anticiparon, hacen hincapié AC y MF en las siguientes:

- **Factura 08A/003 de 30 de diciembre de 2008** en concepto de “*acciones de formación de operarios*” por importe de (85.724 €, IVA incluido (tomo 1, incidente 669/12, folio 219), formación que no se había realizado en la fecha en que se pagó; así fue admitido en la vista por el Sr. Mendibil y por el representante de AB, quien declaró que la formación estaba prevista para los operarios de la obra en atención a que intervendría varios gremios.

Partiendo del principio de libertad contractual (art. 1255) sin otros límites que la Ley, la moral y el orden público, libertad contractual que nada impide una modificación de acuerdos inicialmente adoptados, la cuestión es si tal pago puede considerarse un acto negligente y grave, y relacionado con la generación o agravación de la insolvencia, lo que debe rechazarse por dos razones: porque la formación se realizó posteriormente en contraprestación a tal pago (así lo declaró el representante de AB en la vista y AC y MF no alegan lo contrario en sus escritos); y porque el pago comportó una salida inicial de tesorería de la concursada que reversionó a la misma a través de la subvención nominativa 2008 del Gobierno Vasco, subvención que si bien ha sido objeto de posterior reintegro por falta de justificación, desautorizando la Administración las decisiones que al respecto adoptó en su día el Director de Innovación Sr. Ascacibar, es lo cierto que la cantidad objeto de reintegro no ha sido reconocida como crédito en el concurso, no incidiendo, en consecuencia, en la insolvencia, y no procediendo tampoco dilucidar en este procedimiento la responsabilidad en la que el Sr. Ascacibar pudiera, en su caso, haber incurrido por tales hechos.

- **09B/0008 de 30 de noviembre:** esta factura corresponde a obra ejecutada y por lo tanto ninguna objeción merece. De hecho, de las tres facturas de idéntico importe ya referidas, ésta fue la única que se pagó y que no fue objeto de la denuncia que Fiscalía presentó en relación con las otras dos facturas de idéntico importe por no corresponder a obra ejecutada. Dicha denuncia dio lugar a las diligencias previas 495/2013 y finalizó con auto de sobreseimiento.
- **Facturas pagadas en virtud del acuerdo de 15 de abril de 2009 por importe total de 506.000 € (sin IVA):** tal pago, convenido por las partes en virtud del

principio de autonomía de la voluntad, no puede relacionarse con la insolvencia porque tales facturas justificaron las cantidades percibidas en el marco del programa Ikerketa 2006 (tomo 12, folio 4106), y tal subvención no ha sido objeto de reintegro por falta o deficiente justificación sino por la falta de pago de la tercera cuota debida. En consecuencia, y no existiendo una resolución administrativa que refiera lo contrario, la factura debe entenderse que fue eficaz a los fines de justificar la subvención. Por lo tanto, la disposición patrimonial que comportó no puede relacionarse con la insolvencia pues supuso, en definitiva, la entrada de otros fondos.

Otras facturas: no hacen AC ni MF mención concreta a las mismas en el apartado que estamos examinando, pero sí alude la AC en la página 19 de su informe a otras facturas cuya emisión reprocha por no haber comenzado las obras: concretamente las facturas 09B/0004, 09B/0005, 09B/0006 de 15 de junio de 2009.

- **Factura 09B/004** correspondiente a la “*entrega completa de la documentación de ingeniería*”: afirma la AC en la página 19 de su informe que esta factura se emitió sin comenzar las obras.

Debe rechazarse la alegación; el pago se ajusta a los términos del contrato, que prevé un pago contra la entrega de tales documentos. Por consiguiente, no alegando ni la AC ni el MF que tales documentos no se entregaran, ningún reproche procede hacer a tal pago.

- **Factura 09B/0005** que, afirma la AC, incluye el concepto de “documentación de ingeniería”. Procede idéntica valoración anterior.

- **Factura 09B/0006** en concepto de “*desarrollo de codigestión anaeróbica.*”

Esta factura no puede tampoco relacionarse con la insolvencia pues ningún crédito ha generado. El pago de tal factura se utilizó para justificar la subvención nominativa 2009 del Gobierno Vasco (tomo 12, folio 4109), no produciendo merma alguna en el patrimonio de la concursada, y si bien tal subvención fue posteriormente objeto de reintegro, este crédito no ha sido reconocido en el concurso, no incidiendo por lo tanto en la insolvencia..

Por todo ello debe rechazarse este supuesto de culpabilidad.

3.4. DEVOLUCIÓN DEL AVAL OTROGADO POR ADE BIOTEC

No procede entrar en el examen de este hecho pues admite la AC (página 23) haber incurrido en un error. El aval se encuentra en poder de la concursada y obra al folio 5543 de las actuaciones (tomo 17).

El MF, sin advertir el error admitido por la AC, o en disconformidad con el órgano auxiliar, introduce en su informe (páginas 29 y 30) el hecho de no haber devuelto el aval como indicativo de la “ausencia de lógica empresarial” de la concursada en la toma de decisiones.

Admitido el error por la AC, y pese a que el MF no retiró esta alegación en la vista, ninguna valoración más procede realizar.

3.5. PROFESIONALES CONTRATADOS

En cuanto a las alusiones a los profesionales contratados, las alegaciones del MF y AC no tienen por finalidad relacionar con la insolvencia el gasto que tales contrataciones comportaron. Sus alegaciones tienen que ver con el asesoramiento que recibieron o pudieron recibir los administradores sociales.

3.6. DESVIACIONES PRESUPUESTARIAS

3.6.1. ALEGACIONES

3.6.1.1. AC: el proyecto de la planta de tratamiento de purines se concibió inicialmente como un proceso en el que, tras el tratamiento del purín bruto, se obtendría una fracción sólida que se transformaría en una planta colindante, tras su compostaje y maduración, en abono para su venta, y una fracción líquida que se trataría en la EDAR municipal y vertería a cauce público. Explica la AC que la expuesta fue la solución que el Dr. Xavier Flotats Ripoll informó favorablemente el 7 de julio de 2006 tras ser requerido a tal fin el 9 de noviembre de 2004 por el Director de Investigación Agropesquera y Alimentaria del Departamento de Agricultura, Pesca y Alimentación del Gobierno Vasco, D. Martín Ascacibar, ante la presentación de dos propuestas que se presentaron para acometer el proyecto con dos soluciones tecnológicas distintas (las de ADE BIOTE-LEVENGUER y SENER). Afirma la AC que, apartándose de la solución informada por el Dr. Flotats en cuanto que existirían dos construcciones o plantas, AB elaboró en **septiembre de 2006** un modelo económico-financiero, un estudio de viabilidad y un presupuesto general de ejecución por importe de **12.856.522 €, sin IVA** (tomo 1 solicitud de concurso, folios 352 y siguientes, 355 y 356) que obvió la construcción de la planta que fabricaría el abono, firmándose a partir del mismo el Acuerdo Marco de fecha 19 de febrero de 2007 (tomo 1, solicitud de concurso, folios 365 y siguientes) que, sin embargo, sí contempla que la fracción sólida se vendería a dicha fábrica que se construiría colindante. En cuanto a la fracción líquida, se prevé que se construirán balsas para su almacenamiento y posterior esparcimiento en las campos de los ganaderos. Se desecha de esta forma el tratamiento de la fracción líquida en la EDAR y posterior vertido a cauce público. En base a los documentos de 2006 referidos se firmó un Protocolo de Intenciones con las Administraciones públicas en relación la financiación del proyecto (tomo 1, solicitud de concurso, folios 374 a 377).

Partiendo del contexto dicho compara la AC dos presupuestos: el que se acompaña al anteproyecto básico de **agosto 2007** por importe total de **13.263.008,32 € sin IVA** (tomo 2, solicitud de concurso, folio 464), y el que se acompaña al **contrato llave mano** que finalmente se firmó el **10 de octubre de 2008** (incidente 669/12, folios 31 y siguientes) por importe de **11.479.188 €**, afirmando en relación con este último, en comparación con aquél de 2007, que: a) no hace referencia a la segunda planta a la que se vendería la fracción sólida para la fabricación de abono; b) tiene en cuenta que la distancia de la planta (ubicada en Las Torcachas) a las

explotaciones dista 5 km más que si se hubiera ubicado en Matienzo; c) se **excluyen** las siguientes partidas:

- Urbanización (comprensiva de movimiento de tierras e impermeabilización por importe total de 944.992, 54 €), que se excluye en 2008 para adjudicar finalmente esas partidas a Excavaciones Viuda de Sainz, S.A., por un importe de 1.691.731 €.

- Instalación antincendios: 130.000 €
- Conexiones a acometidas: 35.000 €
- Partes comunes a planta de abonos: 126.000 €

- Balsas para acumulación de purín bruto: 1.000.000 €
- Varios: 570.000 €
- Imprevistos 200.000 €

d) se excluye asimismo el plan económico asociado al transporte y gestión: compra de camiones por importe de 1.190.250 €; balsas de acumulación del purín tratado por importe de 1.045.936 €; elementos de control por importe de 95.771 € y establecimiento de oficina por importe de 12.882 €.

Comporta lo anterior que el presupuesto 2008 del contrato llave en mano (tomo 1 del incidente 669/12, folios 36 y 196 vuelto), que fue el que se aceptó, ascendiera a 11.479.188,00 €, suponiendo una rebaja respecto del de 2007 de 343.882,00 €. No obstante, afirma la AC, y a diferencia del presupuesto 2007, incluye el de 2008 una partida de 1.000.000 € en relación con “otros servicios de ingeniería.”

Añade la AC que en mayo de 2010 elabora COMAV un presupuesto que fija el coste real de la planta en la cantidad de 17.668.964,98 €, incrementando así en 5.000.000 € el presupuesto de 2007 y en 6.000.000 € el de 2008.

Concluye la AC (página 32) que estas desviaciones son sustanciales y que “algunas de ellas” sin la debida justificación. Lo que no explica la AC es qué partidas son las justificadas y cuáles no, y cuál es la razón de la falta de justificación.

3.6.1.2. El MF, bajo la misma rúbrica de “Desviaciones sustanciales del proyecto inicialmente previsto” (páginas 12 a 26), introduce los siguientes hechos en relación con lo manifestado por la AC:

En **agosto de 2007**, AB elaboró el anteproyecto, proyecto básico y nuevo presupuesto por importe de 13.263.008,32 euros, sin IVA (tomo 2, solicitud de concurso, folio 464), incrementándose respecto al de 2006 en la cantidad de 407.008,32 €, que contempla que la fracción líquida se destinará para abonar las campos de los ganaderos y que, **a diferencia del presupuesto 2006, incluye una partida de urbanización por importe de 944.992,54 €**. Destaca el MF en relación con esta partida de urbanización que incluye sólo el 50% porque el otro 50% corría a cargo de la mercantil que iba a construir la planta de fertilizantes. Esta mercantil era ONGAKARRANTZA, S.A., constituida el 20 de febrero de 2006 con el fin dicho.

Examina posteriormente el MF el presupuesto 2008 que se aceptó en el contrato llave en mano, y relaciona las mismas diferencias apreciadas por la AC, afirmando que son de difícil justificación teniendo en cuenta que se aplican los mismos procesos y son idénticos los equipos previstos.

Hace las siguientes consideraciones el MF en relación con el clausulado del contrato llave en mano: queda fuera del contrato la ejecución de aquellas obras que resulten del Proyecto de Urbanización hasta dejar el emplazamiento acabado en tierras, garantizando una compactación hasta el 98% t/m³ y una composición en finos inferior al 40%, cimentaciones e impermeabilizaciones especiales no recogidas en el contrato; el contratista se declara obligado a iniciar los trabajos objeto del Alcance desde la firma del contrato; las partes declaran los hitos y plazos que han considerado esenciales para concluir el contrato (folio 21); el contrato contiene un programa de ejecución que incluye como anexo 2: firma del contrato, geotécnico, ingeniería de detalle obra civil, ingeniería de detalle global, urbanización parcela, licencia de obras, construcción más pruebas vacío (fase 1), puesta en marcha (fase 2 y 3), finalizando el 10 de diciembre de 2010.

Alude el MF al precio del contrato y arras, facturación, hitos de pago y aval, y destaca en relación con lo mismo (páginas 19 y 20):

- Que AB antes de iniciar las obras había percibido 4.188.827 €, cuestión ya analizada a propósito de los pagos anticipados a AB.
- Que AB emitió facturas por importe total de 5.511.000 € para justificar subvenciones, cuestión ésta ya analizada a propósito de los pagos anticipados a AB y sin que en este momento, tal y como se plantea, proceda adicionar valoración alguna.
- Que AB no comenzó la ejecución hasta abril de 2010, cuestión no controvertida y a la que hará la juez referencia a propósito del incumplimiento de los plazos que el MF alega en varios apartados de su dictamen.
- Que el aval fue devuelto sin ejecutar, cuestión ésta ya aclarada.
- Que el contrato de gestión de la explotación no se formalizó, cuestión ésta no controvertida.

A continuación expone el MF hechos relativos a la subcontratación por parte de AB de la UTE integrada por AHIDRA y COLSEN por importe de 10.479.188, un millón menos que el precio convenido entre KM y AB. Afirma el MF que comparada la oferta económica realizada por la UTE con el presupuesto 2008 incluido en el contrato llave en mano, la única diferencia estriba en que en el presupuesto incluido en este último se incluye una partida adicional “otras obras de ingeniería” por importe de 1.000.000 € que no figuraba en el presupuesto 2007 y cuyo elemento común es la indefinición y reiteración de conceptos en ciertos casos. En dicha partida de 1.000.000 € (folio 58 del anexo 7 del contrato llave en mano) se incluye: dirección y seguimiento del proyecto (3000.000 €), relaciones individualizadas con los ganaderos (150.000 €), identificación y digitalización de los terrenos disponibles (80.000 €), contactos y precontratos con proveedores de codigestados (120.000 €), puesta a disposición de personal para el desarrollo de las fases de pruebas antes de la recepción definitiva (100.000 €), análisis tecnológico y de viabilidad técnico económica de las distintas opciones de tratamiento de la parte sólida y líquida, petición de ofertas y valoración (250.000 €). Hace hincapié el MF en la última partida pues afirma se encontraba definida desde el anteproyecto de 2008.

Añade el MF que concluida la urbanización de los terrenos e iniciadas las obras por AB en abril de 2010, transcurridos cuatro años desde la primera subvención y dos desde la firma del contrato, se aborda nuevamente la cuestión relativa al destino de la fracción líquida y se plantea el proceso de ósmosis inversa para verter el líquido a cauce público, y ello pese a que tal solución y sus costes correspondientes estaban perfectamente definidos desde el inicial proyecto de septiembre de 2006. Hace referencia el MF a los siguientes documentos que se han emitido (doc. 13 a 16 adjuntados al denominado “dossier” aportado como doc. 5 con la solicitud de concurso): informe realizado por D. Felipe Mendibil Crespo de 19 de abril de 2010 sobre “Gestión de la fracción líquida-planta de tratamiento de purines en Karrantza”, “Estudio de viabilidad económica para la planta de tratamiento de purín de vacuno en Karrantza” de fecha mayo de 2010, realizado por COMAV, e informe de D. Felipe Mendibil Crespo de 11 de junio de 2010 sobre “Incremento de plazo de la planta de biogás y sólido digestado para la gestión, tratamiento y valorización de residuos orgánicos de origen bovino de Karrantza.” Concluye el MF en relación con esta cuestión:

El informe del Sr. Mendibil fundamenta la nueva solución en el hecho de que la nueva ubicación en Las Torcachas comporta mayores gastos de transporte del purín y en la necesidad de reducir tales costes para reducir el futuro gasto de explotación de la planta, aunque se incrementen con la nueva solución los gastos de construcción. Sin embargo, tal informe sirve para dar apariencia a un nuevo problema que no existe y así justificar el incremento del presupuesto y obtener nuevos fondos públicos sin tener que explicar por qué si se habían recibido más de 10 millones de euros apenas había tesorería disponible. Es inadmisibles justificar la solución de la ósmosis inversa en la nueva ubicación porque: no se aclara por qué se excluyen las balsas de almacenamiento en el presupuesto 2008 pese a que en el plan de gestión de purines se seguía contemplando el almacenamiento para su posterior traslado por camiones a las explotaciones ganaderas; la nueva ubicación incrementa el coste del transporte en 110.000 € anuales, lo que es perfectamente asumible pues la distancia media de las explotaciones a la planta se incrementaba sólo 4 km respecto de la ubicación en Matienzo; fue la concursada quien decidió entre las opciones posibles la ubicación en Las Torcachas tras el estudio realizado por el Sr. Mendibil y debe suponer que tuvo en cuenta todas las posibles variantes y riesgos, en otro caso sólo puede hablarse de negligente gestión.

Concluye el MF que al cierre del ejercicio 2010 disponía KM únicamente de 685.520 €, habiéndose suspendido las obras con efectos 30 de septiembre de 2010 ante la falta de liquidez y tan sólo cinco meses después de su comienzo, y habiéndose gastado a la fecha 10 millones de euros sin que se haya resuelto el problema.

3.6.1.3. KM:

- La AC no concreta qué daño efectivo y real resulta de las desviaciones que relaciona; los presupuestos 2007 y 2008 comparados son fruto de circunstancias distintas; el presupuesto 2007 (13.263.008,32 €, IVA no incluido) estuvo siempre fundamentado en la implantación de la planta en Matienzo.

- Del contrato llave en mano de 10 de octubre de 2008 (11.479.188 €, IVA no incluido), que se reduce respecto del de 2007 en 1.783.820,32 €, destaca KM que no se extendía a los

siguientes conceptos: coste de urbanización interna (urbanización preliminar) del emplazamiento donde debía ubicarse la planta.

- En cuanto a la solución al purín tratado (fracción sólida digestada y líquida), el contrato llave en mano prevé que la fracción sólida digestada sea retirada adecuadamente por KM y que la fracción líquida se aplique en las parcelas del Valle u otros cultivos como fertilizante. Cuestión distinta, añade KM, es que a la vista de la nueva ubicación de la planta y el impacto que el nuevo coste logístico tendría en el estudio de viabilidad, se empezaran a analizar otras opciones técnicas.

- En cuanto al movimiento de tierras y adecuación de carril de acceso, las obras se iniciaron en marzo de 2009, contratando KM a Viuda de Sainz, S.A. Tras el inicio de los trabajos se produce una característica inusual en la conformación de la roca para obtener rellenos consistente, esencialmente, en que la roca picada, tras haber sido ensayada, da una característica de hinchamiento ante la humedad superior al 5% que no permite considerar el suelo como seleccionado. Ello supone mayores movimientos de tierras y excavaciones para encontrar un material de mejores características sobre el que poder construirla planta en cada una de las plataformas.

- En cuanto a la impermeabilización, las obras se iniciaron en junio de 2009, siendo contratadas por KM a Viuda de Sainz, S.A. La alteración de la partida de movimiento de tierras produce también su impacto en las obras de impermeabilización: como consecuencia del hinchamiento del suelo, la zona de los taludes, que en un principio no se iba a impermeabilizar, se somete también a una capa impermeabilizante para evitar filtraciones y posibles hinchamientos del terreno que acarrearían futuros problemas en la planta. Además, para asegurar el correcto funcionamiento de los terrenos frente a los distintos esfuerzos, se decide realizar el último metro de los rellenos con material seleccionado procedente de cantera para evitar en cualquier caso un posible hinchamiento del subsuelo.

- Dichas circunstancias unidas al cambio de ubicación inicial de la planta causan un retraso mínimo de 15 meses en la ejecución del proyecto, lo que, sin duda, tiene un impacto muy significativo no sólo en su desarrollo sino también y sobre todo en sus fuentes de financiación, de tal modo que se produce una evidente falta de sincronización entre la financiación obtenida y la marcha del proyecto (doc. 14, informe de Mendibil Crespo de 11 de junio de 2010 sobre incremento de plazo).

- Añade KM que la desviación relativa a la impermeabilización fue valorada en el propio Consejo de Administración (acta de 4 de noviembre de 2009): *“Por su parte, el Sr. Mendibil hace entrega a los Sres. Consejeros de informe en el que se contiene su valoración técnica sobre la necesidad de afrontar estas desviaciones por ser absolutamente necesarias para la continuación del proyecto. Tras un intenso debate entre los consejeros, se aprueba por unanimidad el incremento del presupuesto de movimiento de tierras e impermeabilización. En todo caso, se acuerda igualmente informar con más detalle a la Sra. Barrenechea de todo lo acontecido para que la misma analice jurídicamente si es posible reclamar responsabilidad en relación con este importante daño sufrido por Karranzako Minda.”* En la siguiente reunión del Consejo (acta de 2 de diciembre de 2009) se deja constancia de lo siguiente: *“en vista de las explicaciones técnicas del Sr. Mendibil, en opinión de la Sra. Barrenechea no parece factible*

exigir ninguna responsabilidad por la desviación del presupuesto ni a Lurgintza (que si bien no realizó los controles que hubieran permitido detectar un posible hinchamiento del suelo, tampoco le eran exigibles tales controles); ni a Arkigest ya que aunque su planificación de la dirección de obra se hubiera realizado con mayor diligencia, a lo sumo se podría haber detectado antes el problema lo que, según explicaciones del Sr. Mendibil, no habría evitado el sobre coste. Es decir, se podría haber planificado con mayor antelación el incremento del presupuesto pero tal incremento nunca se habría evitado” (doc. 23 del informe AC).

- En cuanto a la solución técnica para el tratamiento de la fracción líquida del purín tratado, afirma KM que durante el ejercicio 2009, durante el que se ejecuta la urbanización preliminar, el Consejo de Administración comienza a analizar las distintas opciones técnicas existentes para el tratamiento de la fracción líquida y la necesidad de que AB adecuara el estudio de viabilidad a la nueva situación del proyecto. En el Consejo de Administración de KM de 27 de abril de 2009 se presenta la cuenta de explotación provisional de la planta elaborada por AB así como un informe redactado por Felipe Mendibil denominado “Gestión de la Fracción Líquida-Planta de Tratamiento de Purines de Karrantza”, en el que se analizan las distintas alternativas tecnológicas para la gestión de la fracción líquida (doc. 15 y 16). Las conclusiones de dicho informe se resumen en la defensa del tratamiento de la fracción líquida mediante osmosis inversa y posterior vertido al cauce del río, puesto que aunque suponía una inversión adicional, produciría un notable impacto en el coste de explotación de la planta y del estudio de viabilidad porque esta opción reduce necesariamente el coste del transporte.

- Concluye KM que las únicas incidencias reales respecto al coste del diseño y ejecución material de la planta se han producido en las obras de urbanización preliminar por cuestiones rigurosamente técnicas y no de gestión, y que se barajaron opciones que suponían un incremento inicial del coste de ejecución de la planta que redundaban en beneficio de una reducción costes de su explotación.

3.6.1.4. Administradores

- Tras admitir que la solución a la fracción líquida consistía en devolverla a las explotaciones como fertilizante, alegan que el proyecto, en lo básico, nunca fue cambiado hasta que el Gobierno Vasco en el año 2010 lo paraliza de facto y articula un sinfín de estudios y se cuestiona el uso de la fracción líquida final, siendo ahí donde surge como alternativa la “ósmosis inversa”.

- Cuando se elabora el presupuesto de 2008 (incluye el contrato llave en mano) no se habían adquirido las parcelas de las Torcachas, no estaban otorgadas las licencias de obras y actividad (13 de noviembre de 2009) ni el resto de licencias administrativas, y no podían incluirse partidas como el movimiento de tierras ni la urbanización e impermeabilización del terreno. El contrato llave en mano tenía por objeto sólo algunas de las partidas de una obra de mayor envergadura.

- En cuanto al tratamiento del purín, se contemplaba su descomposición después de un tratamiento anaeróbico en una fracción sólida y otra líquida y la evacuación de la fracción líquida resultante a los campos para su uso como abono mediante un sistema de cisternas. Las cifras de los presupuestos P1, P2 y P3 demuestran que KM siempre ha presentado a la administración

pública, si bien con pequeñas variaciones, unos presupuestos en los que la cuantía de la parte de inversión destinada al proceso técnico del tratamiento del purín ascendía a una cifra en torno a los 7.000.000 €, especialmente en la comparativa de los P1 y P2, y donde ha habido mayor diferencia ha sido en la parte de ejecución de la obra civil, lo que tiene su origen en el cambio de ubicación.

- Presupuesto 5 de 2010 por importe de 17.722.104,17 €. Lo realiza Activa ingenieros, empresa asesora del Consejo de Administración. El mismo refleja el importe total de la inversión precisa para ejecutar el proyecto en el lugar concreto y el importe total de la obra; partidas ya ejecutadas y pagadas; ya presupuestadas y pendientes de ejecutar, el coste que supuso el cambio de ubicación y dos hipótesis alternativas para el uso de la fracción líquida: una que permitiese su uso como abono en las explotaciones (contemplada desde el principio), y una segunda de “ósmosis inversa”. Con esta opción el precio era el referido. Cifran los consejeros el coste resultante del cambio de ubicación en la cantidad total de 2.277.755 € (766.755 euros por conexión con carretera, proyecto de Matienzo y terreno de Matienzo, más la diferencia entre el precio de los terrenos de Matienzo y los de las Torcachas, a lo que habrían de añadirse los 725.000 € de osmosis inversa y otros 786.000 € de diferencia de la partida presupuestada de imprevistos). A lo anterior se añaden los evidentes incrementos derivados de la nueva ubicación por la dilatación de los plazos para la gestión del suelo (modificación de planeamiento urbanístico y obtención de licencias) y los diferentes costes de los gastos de urbanización, movimientos de tierras e impermeabilización del suelo de las Torcachas. Añade que la administración pública ya barajaba una cifra de 20.000.000 € desde el año 2003 (doc. 1 de la AC, comparecencia en comisión del entonces consejero del Gobierno Vasco). Los presupuestos 1, 2 y 3 son realizados con dos grandes condicionantes en relación al denominado presupuesto 5, condicionantes que no sirven para poder sostener una comparación homogénea entre ellos, primero por la ubicación, los presupuestos 1, 2 y 3 partían de la ubicación de la planta en Matienzo, y segundo por la inexistencia de licencias administrativas en el momento de elaborarse los tres presupuestos. Además, el proyecto se disocia como consecuencia del informe del Doctor Flotats de 7 de julio de 2006: por un lado la planta de tratamiento de purines y por otro la construcción de una planta de producción de fertilizantes. En el presupuesto 5, apartándose de la solución expuesta por el doctor Flotats, se da una solución integral al proceso de tratamiento del purín desde que llega a la planta hasta que vuelve a salir convertido en fracción sólida y líquida.

- En el presupuesto 5, respecto del 3, sólo hay tres diferencias sustanciales: se recogen todos los gastos de adquisición de terrenos (Torcachas y Matienzo); las partidas de urbanización, impermeabilización y movimientos de tierra que ya estaban adjudicadas, ejecutadas y pagadas en el presupuesto 5; y la hipótesis de recurrir a la técnica de la “ósmosis inversa”:

- Lo que se presenta como una estrategia de ir cambiando presupuestos con el fin de distraer fondos públicos es una representación falsa de lo ocurrido. Ha ocurrido que por hechos ajenos a la voluntad de los consejeros se han producido actuaciones de la Administración que han impedido saber el lugar exacto donde se iba a construir la planta; la ubicación en Las Torcachas no es definitiva hasta octubre de 2008 y la propia complejidad de los procesos administrativos ha impedido que se tuviera licencia de obras y actividad hasta noviembre de 2009. Estas dos circunstancias tienen una influencia directa en la definición concreta del proyecto y de los costes del mismo en todas las partidas relacionadas con la ejecución de la obra civil (movimientos de tierras, urbanización, impermeabilización, construcción del edificio,

posibles accesos... Se obvia, además, que la voluntad de los consejeros ha sido buscar la solución más barata posible, por ello optan por la “osmosis inversa” y por abaratar otros costes (acta de 18 de mayo de 2010, folio 62 vto). Es el Gobierno Vasco, técnicos de URA, quien se opone a tal solución por considerar que falla mucho (acta de 7 de abril de 2010, folio 57 vto.).

3.6.1.5. AB

Las diferencias en los presupuestos no tienen la suficiente enjundia para determinar la calificación del concurso. Argumenta que en un proyecto de nueva creación es lógico que, a medida que se vaya avanzando en su conformación, surja la necesidad de pulir detalles que vayan fijando con precisión su dimensión cualitativa y cuantitativa. Desde el 18 de enero de 2005, cuando se decide que la solución tecnológica propuesta por ADE BIOTEC, S.L., pudiera resultar la más idónea a juicio del Dr. Flotats, hasta el 10 de octubre de 2008 que se firma el contrato llave en mano, claro que se producen variaciones. Las ingenierías, los servicios técnicos y el alcance que se quiere dar al proyecto se van reestructurando y eso significa un incremento de costes, plenamente justificados, y, finalmente, se opta por el presupuesto más barato; siendo el primero de 12. 876.522 €, el segundo de 12. 586.000 € y un tercero de 13. 263.008,32 €, finalmente el que se incluye en el contrato es de 11. 479.188 €, decisión que no está fuera de la lógica empresarial. En cuanto al quinto presupuesto, se incluyen diferentes conceptos que son ajenos al contrato suscrito. Añade que el hecho de que el presupuesto inicial pueda ser mayor o menor, en oscilaciones de más o menos un 8% en relación con el finalmente contratado, no nos puede llevar a la conclusión de que es el único dato que pueda haber llevado a concurso a KM.

3. 6.1.6. Sr. Ascacibar

Sus alegaciones coinciden sustancialmente con las que formulan los consejeros de KM, concluyendo que ni han existido retardos de plazos de ejecución porque el día de inicio del cómputo de los plazos comienza el 19 de noviembre de 2009, no el 1 de octubre de 2008, debido a que la planta tuvo que trasladarse del barrio de Matienzo al de las Torcachas; y que no han existido ni modificaciones tecnológicas ni desviaciones presupuestarias, no teniendo además ninguno de los hechos referidos relación con la situación de insolvencia.

En cuanto a las alteraciones del proyecto:

- En lo sustancial se iba a construir una planta de tratamiento de purines y no hay desviación alguna.

- Aunque se menciona el informe de Flotats de 7 de julio de 2006 en el que se abogaba por dissociar dos plantas, una de tratamiento de purines y otra de producción de fertilizante (tomo 7, primera parte, página 47), lo que se contrata es una de las plantas (la de tratamiento de purines), no la de fertilizante. Luego el contrato llave en mano es la vuelta al proyecto original, que suponía que la fracción líquida fuese tratada en un EDAR municipal y vertida a la red de saneamiento o a un cauce (página 47).

- La representación del Sr. Ascacibar se refiere a continuación al presupuesto de septiembre de 2006 (sólo incluía un proceso de digestión anaeróbica inicial de los residuos, post-digestión, separación de sólidos, tratamiento biológico, acumulación de purín tratado y

sistema de biogás y cogeneración) en base al cual se firmó el Protocolo de Intenciones y el Acuerdo Marco, previéndose en éste que “lo sólido se vendería para la producción de abono; (ii) y la fracción líquida se podría usar bien como fertilizante bien vertiéndola a un colector”.

- Alega la representación del Sr. Ascacibar que en la solución integral al proceso de tratamiento de purín se ha intentado buscar la fórmula más barata, por lo que el Consejo de Administración de KM (acta de 18 de marzo de 2010, folio 62 vuelto) optó frente a las balsas de almacenamiento por la ósmosis inversa, oponiéndose el Gobierno Vasco, por la intervención de los técnicos de URA, porque consideraban que “falla mucho” (acta de 7 de abril de 2010, folio 57 vuelto). En el acta de 7 de julio de 2010 (folio 68) se insiste en la solución de la ósmosis inversa frente a la de las balsas puesto que ésta retrasa “muchísimo el proyecto.”

- En cuanto a las desviaciones presupuestarias, el presupuesto de 2006 y el de 2007, éste consecuencia del Acuerdo Marco, orientan decididamente sobre lo que es correcto haber expuesto a las Administraciones en la medida que en agosto de 2007 se partía de la seguridad de que la planta se ubicaría en Matienzo. Modificada la ubicación, partidas como la urbanización o movimientos de tierras, e incluso la de obra civil y construcción, tendrían que modificarse. Las diferencias del presupuesto de 2008 con los anteriores son insignificantes. Así, en el de 2006 por importe de 10.500.000 € la cifra de obra civil y construcción es de 1.600.000 €. En el de 2007 por importe de 13.263.008 € las partidas son: urbanización 944.992,54 €; obra civil 2.226.000 €; servicios de ingeniería 1.233.405 €; varios 570.500 €; imprevistos 200.000 €; y ejecución por contrata 1.095.110,78 €; y resto 6.992.999,68 €, gasto en el proceso técnico de purín. El de 2008 importa 11.479.188 y contempla las partidas de más envergadura: obra civil por 2.688.756; servicios de ingeniería por 840.000 €; y otros servicios de ingeniería por 1.000.000 €, y el resto 6.950.432 € del proceso técnico de tratamiento de purín. Afirma la representación del Sr. Ascacibar que las variaciones son insignificantes si se tiene en cuenta que el gasto en el proceso técnico del tratamiento de purín se colocó siempre en el entorno de 7 millones de euros, y no cabe comparar partidas de urbanización, movimientos de tierras e impermeabilizaciones porque los terrenos no iban a ser los de Matienzo. El presupuesto cuarto obedece a la subcontratación de Ahidra/Colsen y el quinto no es comparable con los anteriores porque pertenece a un estudio de viabilidad que incluye todas las partidas.

3.6.1.7. CAJA LABORAL

El Acuerdo Marco y el Protocolo de Intenciones entre GUVAC, AB y KM es de 19 de febrero de 2007 y la designación de la Caja como Consejero es de 26 de septiembre de 2008, evidenciando en muchas ocasiones D. Oscar Eguskiza, representante de la Caja en el Consejo de Administración, tales desviaciones a fin de adoptar medidas correctoras. Añade que el proyecto era liderado por un alto cargo de la Administración que se rodeó de un grupo de profesionales de todos los ámbitos de reconocido prestigio. Los consejeros se rodearon también de un equipo técnico de reconocido prestigio para acometer el proyecto.

Expuestas las alegaciones de las partes, paso a analizar las desviaciones presupuestarias para analizar en un apartado independiente las modificaciones del proyecto.

3.6.2. RESOLUCIÓN-DESVIACIONES PRESUPUESTARIAS

3.6.2.1. Una desviación presupuestaria no es sinónimo de negligencia, será preciso que no esté justificada o que, estándolo, no sea asumible o no deba ser asumida atendiendo a circunstancias económicas, financieras o de otro orden. Ilustrativa fue en este sentido la declaración del testigo Sr. Legarreta, que tras afirmar que el proyecto había sufrido una serie de cambios y que ante las dificultades que se presentaban se fueron planteando nuevas soluciones que encarecían (V35, 06:48), declaró que la desviación *“es lo de menos siempre y cuando puedan estar justificada una desviación sobre el proyecto inicial”*, añadiendo que *“ahí hubo los suficientes cambios como para poder desviarse”* (08:11). Añadió que con las ayudas ya concedidas *“no se podía finalizar porque iba cambiando en cada momento a medida que surgían nuevas dificultades y cada vez se encarecía.”*

3.6.2.2. El dictamen del MF y el informe de la AC son descriptivos fundamentalmente y poco concluyentes:

- La AC dedica a las desviaciones presupuestarias las páginas 27 a 32 de su informe. En las mismas se relacionan las diferencias entre el presupuesto de 2008 aceptado por KM por importe de 11.479.188 € sin IVA, y el presupuesto 2007 que le precedió. Tras relacionar la AC las diferencias concluye en la página 31 que *“pese a que se presuponen los mismos procesos de tratamiento de los purines y presuponerse los mismos equipos técnicos para llevarlo a cabo, los presupuestos de 2007 y 2008 difieren entre sí”*, terminando diciendo (página 32) que *“como se puede observar por la cantidad de cifras que se barajan entre el proyecto inicialmente previsto y el final han existido desviaciones que podemos calificar más que sustanciales, ya que afectan a diversas partidas, algunas de ellas sin la debida justificación”* (la negrita es de quien suscribe). Es decir, la propia AC está considerando que algunas partidas están justificadas y otras no, lo que no nos dice es cuáles son unas y otras. La carga alegatoria y probatoria de la AC no puede limitarse a la exposición, debió no sólo exponer las diferencias sino concretar cuáles consideraba injustificadas y por qué.

- Y el dictamen del MF se articula de la misma forma. En la página 12 de su escrito describe las diferencias entre el presupuesto 2008 aceptado y los presupuestos anteriores de 2006 y 2007. Tras hacer un análisis comparativo, como el propio MF afirma (página 16), añade: “Dos apuntes adicionales para concluir con el análisis comparativo de ambos presupuestos:

Las diferencias en las partidas si comparamos los PRESUPUESTOS 2 Y 3 encuentran difícil justificación teniendo en cuenta que la descripción y número de los EQUIPOS son idénticas en ambos casos – a salvo que se prevé que los módulos de cogeneración se suministrarán en 4 contenedores cuando antes se preveían 3 - , al igual que son idénticos los procesos de tratamiento previstos, tanto de la fracción sólida como el líquido resultante, con igual prohibición de vertido de las aguas. Concluye el MF que *“TODAS las partidas a excepción de una se ven incrementadas en su cuantía, pese a aplicarse los mismos procesos de tratamiento y ser idénticos los equipos previstos tanto en el PRESUPUESTO 2 como en el PRESUPUESTO 3”*.

3.6.2.3. Antes de entrar en la partida de urbanización, pues en relación con las restantes a ninguna conclusión se puede llegar, parece oportuno aclarar que lo que se denominan “desviaciones” no los son respecto del presupuesto aceptado, el de 2008, sino respecto de los de 2006 y 2007 que precedieron al que se aceptó incorporándose al contrato llave en mano. Es decir,

no se denuncia una desviación respecto de lo que se contrató. Lo que realmente se está imputando a KM es el haber aceptado un presupuesto que no se corresponde exactamente con los que le precedieron, y ello en la consideración de que el mismo resultaba perjudicial. No entiende en otro caso la Juez qué relación puede existir entre las diferencias de distintos presupuestos evolutivos y la insolvencia. Quizás el propósito del MF y AC ha sido evidenciar la indefinición para relacionar tal hecho con la suspensión de las ayudas por parte del Gobierno Vasco, pero evidentemente no es eso lo que plantea. Y tampoco las desviaciones que se refieren pueden relacionarse con las subvenciones y a su vez con la insolvencia, pues ninguna subvención ha sido objeto de reintegro por tal razón. Dicho esto, y considerando la Juez que el reproche se encuentra en la aceptación de un presupuesto que se considera perjudicial, debieran haber acreditado AC o MF tal perjuicio, que a juicio de la Juez exige ver más allá de las cifras. El presupuesto de 2006 por importe de 12.856.522 sin IVA es el que sirvió de base al Acuerdo Marco de 19 de febrero de 2007 (solicitud de concurso, folios 366 y siguientes) y al Protocolo de Intenciones suscrito con las Administraciones públicas. En consonancia con la idea de que los presupuestos de 2006 y 2007 no tenían carácter de definitivos y, razonablemente, podían ser susceptibles de variaciones, en el apartado IV del Acuerdo Marco manifiestan las partes que *“confirman su mutuo y recíproco interés en establecer los términos y condiciones generales, **sin perjuicio de su necesario desarrollo ulterior**, para la promoción, financiación, construcción, mantenimiento, operación y gestión de la Planta (...)*”. En la cláusula 4.1 se expresa que ADE BIOTEC asumirá la responsabilidad del diseño, construcción y puesta a disposición de la Planta, en la modalidad de contrato “llave en mano” y de conformidad con los parámetros reflejados en el Anteproyecto” y que *“El precio del indicado Contrato de Construcción Llave en mano **tomará en consideración que el presupuesto general de ejecución de la Planta asciende a 12.856.000 € más IVA**”*. Estamos, por lo tanto, ante un presupuesto base al que deberá ajustarse o aproximarse el que finalmente se acepte, pero cuya modificación por sí sola no tiene por qué obedecer a una actuación negligente. Firmado el Acuerdo Marco, se realiza en 2007 un “proyecto planta tratamiento de purines” (folio 379 y siguientes) que incluye un presupuesto por importe de 13.263.008,32 € sin IVA. Finalmente, el presupuesto que se acepta es incluso inferior a los dos anteriores, ascendiendo a 11.479.188 € sin IVA, a los que deben añadirse los 344.827,58 € más IVA pagados con anterioridad en concepto de trabajos ya realizados. Aceptado un presupuesto inferior a los que se barajaban, alegan AC y MF que debe descenderse a las concretas partidas y que la disminución trae causa de la exclusión de conceptos. Es en este momento cuando se hace hincapié en la partida de urbanización, y ello porque habiéndose incluido en el presupuesto de 2007 por importe de 944.992,54 €, se excluyó en el presupuesto de 2008 para, finalmente, adjudicar tal labor a Excavaciones Viuda de Sainz, S.A., por un importe mayor, 1.691.731,57 €. En definitiva, lo que se dice es que aceptó la concursada realizar la urbanización a mayor precio cuando existió una previsión en 2007 de realizarla por importe de 944.992,54 €. Establecidas las diferencias, habrá que saber a qué responden para valorar si su exclusión del presupuesto y asunción a superior precio es una decisión negligente y grave. MF y AC, aparte de las sospechas, nada explican sobre el particular, lo que sería bastante para rechazar la alegación, pero, además, debe tenerse en cuenta que ningún informe pericial se ha aportado para introducir algún elemento técnico decisorio; que el presupuesto 2006 tampoco incluía la partida de urbanización, lo que el propio MF afirma (páginas 12 y 14); y que el presupuesto que se incorpora al contrato llave en mano (de 10 de octubre de 2008) se realiza en relación a una ubicación distinta, la parcela de Las Torcachas en vez de Matienzo, lo que, razonablemente, parece que alguna diferencia puede comportar por las naturales diferencias del terreno. El Tribunal Vasco de Cuentas Públicas nada refiere en relación con esta partida.

3.6.2.4. El MF hace también hincapié en las partidas relativas al transporte y gestión del purín tratado, que se excluyen en el presupuesto 2008.

Pues bien, sin perjuicio de otras valoraciones que pudiera merecer tal exclusión relacionadas con la previsión del destino de la fracción líquida, tal exclusión ningún costo ha supuesto para la concursada, no guardando relación con la insolvencia.

3.6.2.5. Se refiere también el MF a la subcontratación por parte de AB de la UTE AHIDRA y COLSEN. Destaca que el precio que paga AB a la UTE es inferior en 1 millón de euros al que paga KM. Nada concluye el MF pero parece que sugiere que no está justificado 1 millón de euros en el presupuesto aceptado por KM. Lo anterior lo explica AB argumentando que la subcontrata no comprende todas las partidas del contrato celebrado con KM, habiéndose subcontratado a la UTE en su condición de tecnólogo. Lo cierto es que ninguna pericial se ha aportado que analice ambos contratos, el celebrado entre KM y AB, y el celebrado entre AB y la UTE, para acreditar que el conjunto de partidas que suman 1.000.000 € no responde a actuación alguna, luego no puede concluirse con un mínimo fundamento que la aceptación de tales partidas constituya un acto negligente y grave de gestión.

3.6.2.6. “Sorprende” también al MF “particularmente” la partida de 1 millón de euros que se incluye en el presupuesto aceptado en concepto de “otras obras de ingeniería”, pero más allá de la “sorpresa” nada razona.

En razonamiento independiente, a efectos de mayor claridad, paso a analizar las modificaciones del proyecto.

3.7. MODIFICACIONES DEL PROYECTO: ÓSMOSIS INVERSA y EXCLUSIÓN DE LA PLANTA DE FERTILIZANTES

3.7.1. ÓSMOSIS INVERSA: alegan AC y MF que estando previsto desde un inicio destinar la fracción líquida a fertirrigar las campos de los ganaderos, se plantea en 2010 la solución de la ósmosis inversa.

Tampoco este hecho, tal y como ha sido planteado por el MF, guarda relación con la insolvencia, pues la modificación no se materializó en forma alguna. Se trata de un mero planteamiento. Alega concretamente el MF:

“Concluida la urbanización preliminar de los terrenos, ADE BIOTEC da inicio a la ejecución de las obras contempladas en el CONTRATO LLAVE EN MANO en abril de 2010. Esto es, cuatro años después de haberse percibido la primera subvención por KARRANTZAKO MINDA y casi dos años después de la firma del contrato.

Y lo sorprendente es que en este momento, paralelamente al inicio de las obras de construcción, se aborda nuevamente por ADE BIOTEC y KARRANTZAKO MINDA, con el concurso necesario de FELIPE MENDIBIL CRESPO, el estudio sobre cuál debía ser el destino

más adecuado que debía darse al purín tratado en la Planta pese a la perfecta definición de la solución tecnológica (y, consecuentemente, de los costes correspondientes) en todos los proyectos previos que se habían presentado por ADE BIOTEC desde el inicial de septiembre de 2006 (...).

Pues bien, pese a no incluirse dicho tratamiento adicional en ninguno de los anteproyectos previos, en este momento se plantea la inclusión de un proceso adicional para conseguir que el líquido resultante, en lugar de destinarse como fertilizante, fuese apto para el vertido al cauce público.

Es el denominado PROCESO DE ÓSMOSIS INVERSA. Proceso adicional de tratamiento cuya inclusión, huelga decir, comportaba un incremento del presupuesto inicial de ejecución (...).

El Sr. Mendibil explica las diferentes opciones de gestión de la fracción líquida tratada en la Planta como si dicha solución no hubiese sido ya abordada en los anteriores proyectos y fuese necesario plantear en ese momento el destino que deba darse al purín tratado. A tal efecto, enfoca como supuestos problemas nuevas cuestiones ya resueltas en el anteproyecto que se acompañaba al CONTRATO LLAVE EN MANO de junio de 2008 (así, el almacenamiento del purín resultante en balsas para su posterior transporte a las explotaciones ganaderas).

*En definitiva, el Informe del Sr. MENDIBIL sirve para **dar apariencia a un supuesto nuevo problema que no es tal y, planteado así artificialmente el problema, incorporar la solución adecuada y distinta a la contemplada en todos los proyectos (...).***

*Con ello se consigue justificar un incremento de las partidas inicialmente presupuestadas **para poder solicitar, nuevos flujos de fondos públicos** que evitasen así tener que explicar por qué si se habían recibido ya más de 10 millones de euros y no se había puesto un solo ladrillo en la Planta, KARRANTZAKO MINDA no tenía apenas tesorería disponible.*

A continuación se refiere el MF a un presupuesto contenido en un estudio realizado por COMAV para la concursada y continúa afirmando (...):

*De esta forma la modificación sobrevenida de la solución fijada inicialmente para la fracción líquida resultante **incrementaría los costes necesarios de construcción de la planta (esto es, los que se sufragan con fondos públicos) pero disminuiría los gastos de explotación de la planta (esto es, los que se sufragarían por ADE BIOTEC y KARRANTZAKO MINDA con arreglo al futuro contrato de explotación), consiguiéndose así, por supuesto, un mayor beneficio por la gestión de la planta una vez en funcionamiento.***

La mercantil concursada ha tratado de justificar la necesidad de modificar la solución inicialmente prevista para la fracción líquida del purín tratado en la nueva ubicación de la Planta en LAS TORCACHAS, pero esta explicación, sin embargo, no puede admitirse (...)

En definitiva, podemos concluir, siendo absolutamente improcedente que iniciadas las obras de construcción de la Planta se procediese a estudiar las opciones de gestión del purín tratado cuando a estas alturas ya se habían elaborado dos anteproyectos básicos (el de 2007 y

el de 2008) que contemplaban una solución concreta y que expresamente señalaban que el proyecto no comportaba vertido de purín al cauce público, dicho cambio sobrevenido resulta aún más inaceptable desde el momento en que CARECE DE JUSTIFICACIÓN ALGUNA.”

Afirma pues el MF que la ósmosis inversa fue una invención de los demandados para obtener más subvenciones y no dar explicaciones de lo anteriormente percibido.

Pues bien, como decía, la mera modificación asociada a la también mera intención de obtener más subvenciones ninguna insolvencia comporta. A juicio de la Juez, podría haberse valorado la insolvencia relacionando tal modificación con el hecho de que se haya podido estar manteniendo en el tiempo un proyecto con una solución que no se consideraba viable (se ha acreditado además que los ganaderos no aceptaban la fertirrigación), e incluso con la propia suspensión de las subvenciones por parte del Gobierno Vasco, alegaciones éstas que no han formulado ni AC ni MF, centrado en el ánimo de obtener más fondos públicos, no pudiendo la Juez construir una relación de insolvencia sobre hechos no introducidos por las partes.

3.7.2. PLANTA DE FERTILIZANTES: alegan AC y MF que tampoco se menciona en el presupuesto de 2006 y sí, sin embargo, en el de 2007.

En efecto, en el documento denominado “Proyecto planta tratamiento purines” de agosto 2007 (tomo 2, solicitud de concurso, folio 379 y siguientes) se indica en su apartado cuarto sobre “Planteamiento solución” (página 14, folio 388 vuelto) que *“La energía obtenible de la digestión anaerobia se venderá a la red, los sólidos obtenidos se venderán a una fábrica de abonos órgano-minerales que se construirá colindante.”* En el presupuesto acompañado a tal documento (folios 453 y siguientes) se indica en relación con el capítulo “urbanización” por importe total de 1.031.560,31 € (folio 454 vuelto): *“Urbanización (folio 454) de la parcela en la que va a ubicarse la planta de tratamiento, según el documento Proyecto de Acondicionamiento de terrenos y vial para complejo de purines en Matienzo”*, es decir, el proyecto de ejecución de urbanización en Matienzo, realizado por DEURBE. Dicho Proyecto abarca la urbanización de las parcelas correspondientes a la planta de tratamiento de purines y, además, incluye la urbanización de las parcelas correspondientes a la planta de granulación de abonos minerales. Por ello en este presupuesto se incluye sólo el 50% del coste de ejecución de dicho proyecto de urbanización. En esta línea, en la página 23 del presupuesto (folio 464) se fija el importe de la partida “urbanización” en la cantidad de 944.922,54 €. En la vista, el representante de AB explicó que aunque la planta de fertilizantes era uno de los elementos de viabilidad de la planta, no formaba parte del proyecto de AB, siendo la empresa ONGAKARRANTZA la que llevaba tal cuestión, razón por la cual, y como tanto la planta de tratamiento como la de fertilizantes se ubicaban en la misma parcela, el presupuesto de la planta de tratamiento comprendía solamente el 50% de la urbanización. Afirmó que con el cambio de ubicación de la planta de Matienzo a Las Torcachas cambiaron las circunstancias y ello determinó que se abandonara la idea de la planta colindante de fertilizantes. En la misma línea, declaró el Sr. Ascacibar que la planta de fertilizantes era *“una mejora, una oportunidad de negocio, pero no una garantía de viabilidad”* (V19; 22:35). Añadió ser *“correcto que el Dr. Flotats advirtió que ello era negocio, que podía ser una oportunidad, pero no era determinante de la viabilidad, y no se piensa en ello cuando se están valorando las tecnologías y decidiendo qué plantas de purines tenemos que hacer.”* Lo cierto es que en el convenio firmado con el Ministerio de Ciencia e Innovación se hace referencia a la misma y en una reunión del Consejo de Administración se ve que el Sr. Mendibil, entre las

soluciones a la fracción sólida, propone una fábrica próxima. Sí admitió el representante de AB en la vista que sin la planta referida el proyecto se quedaba “cojo de una pata” porque era uno elemento de viabilidad.

Pues bien, de igual forma que razonaba la Juez anteriormente, el MF no relaciona tal exclusión del presupuesto con la insolvencia, no teniendo incidencia en la misma por sí sola. Vinculado tal elemento con la viabilidad de la explotación futura de la planta, hecho éste sobre el que informó el Sr. Legarreta designado por la Universidad del País Vasco a petición del Gobierno Vasco, la valoración de la insolvencia asociada a la exclusión que nos ocupa se podría haber relacionado con la suspensión de las subvenciones por parte del Gobierno Vasco, lo que desde luego habría dado lugar a un debate distinto, no pudiendo obviarse, por otra parte, que la conclusión del Sr. Legarreta no es la inviabilidad técnica ni la irreversibilidad de la situación; el problema está en la indefinición y en la financiación necesaria. Concluye: “*A estas alturas, no parece muy viable que el Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial, Agricultura y Pesca se desentienda del proyecto en marcha, dado que había iniciado su andadura bajo sus auspicios*”, proponiendo a partir de esta conclusión una serie de medidas que considera “absolutamente” necesarias (tomo 17, folios 5457 y ss.):

“a) Decidir qué solución se elige para el destino de los purines tratados (Para ello es necesario disponer de un proyecto de la Planta de Ósmosis Inversa con el adecuado presupuesto y estudio de viabilidad). Si no se optara por esta solución habría que decidir entre la 2ª y la 2b. La 2c no la veo conveniente, pues hace que los ganaderos abandonen la responsabilidad sobre el destino de sus purines.

b) Garantizar los suministros de purines y codigestatos mediante la firma de los contratos correspondientes, tanto con los ganaderos como con los productores de los codigestatos.

c) Cerrar el contrato con ADE biotec para la gestión y funcionamiento de la planta.

d) Elaborar un presupuesto definitivo, una vez decididas las alternativas, y el correspondiente estudio de viabilidad.”

Por otra parte, y al hilo de la viabilidad técnica, no puede dejar la Juez de poner de manifiesto su desconcierto ante las, cuando menos, aparentes contradicciones que existen entre informes técnicos procedentes del Gobierno Vasco (realizados en el marco de su estructura o a su petición) en relación con el destino de la fracción líquida y la fertirrigación, y ello partiendo de un dato muy similar, cual es el tratamiento de 450 m³ o “aproximadamente 500 m³” al día de purín.

En efecto, el informe de NEIKER-TECNALIA, de diciembre de 2010, es del tenor siguiente en lo que interesa (tomo 17, folio 5434).

“La planta propone el tratamiento, en el mejor de los casos de 450 m³ (...). Esto significa que no se trata y, por tanto, permanecen con la necesidad de una distribución racional 231000 Kg. N/ha que por sí solos ocuparían todo el terreno disponible de Karrantza.

En el peor de los casos (y era el planteamiento de los primeros informes) 350 m³/día (...) dejando sin tratar 370000 Kg/ha, cantidad aun mayor, y por tanto, con aun mayores necesidades de superficie).

*La conclusión más obvia de estos datos es que **ningún efluente de la planta podrá ser utilizado en las parcelas del valle ya que están de sobra saturadas con los purines que no sean tratados en la planta.** Además, de esto se desprende que: una solución integral debe abordar una distribución racional de los purines que van a ser tratados en la planta lo cual será un coste adicional (para la administración, el ganadero o quien sea) si lo que se pretende es una solución ambiental definitiva para el valle de Karrantza.*

Teniendo este punto claro ¿Qué pasa con el N que va a salir de la planta de biogás? Es bien conocido que la biodigestión no reduce los contenidos de nitrógeno de los materiales tratados, esto es, una planta de biogás por sí misma NUNCA es una solución ambiental.

*“Así, la primera conclusión que se obtiene es que **cualquier alternativa que plantee el retorno de los efluentes a las parcelas no es factible** por varios motivos; entre otros,*

La inexistencia de superficie disponible para recibir ese efluente.

La no disposición de los ganaderos para asumir el coste de la distribución de ese efluente cuando además ya han pagado para el tratamiento del mismo como ADE BIOTEC admite en su propio informe

Logística y coste de dicha distribución.

Obviamos, por tanto, considerar como solución cualquiera que se plantee la utilización de hectáreas del valle para recibir efluentes de la planta de biogás tales como se habían planteado excepto que se trate de alguna fracción pequeña destinada a usos intensivos (que no está planteado en el proyecto.

Por tanto se descarta la fertirrigación, aplicación de la fracción sólida, etc.”

En definitiva, NEIKER, que realizó inicialmente los estudios sobre el excedente de purín, con la que afirma AB en sus proyectos haber colaborado, informa en 2010 que la fertirrigación no es viable porque las parcelas ya están saturadas con el purín que no se trata en la planta.

En la documentación presentada al Ayuntamiento de Karrantza para solicitar la licencia de obra de la planta en Las Torcachas, se presenta un proyecto de AB y uno de sus párrafos, en relación con el destino de la fracción líquida, es el siguiente:

“Partiendo de la existencia de dos variantes (que algunas explotaciones optarán por esparcir el purín con sus propios medios, y que en temporada invernal el purín se almacenará en balsas de acumulación con capacidad para tres meses), se expresa en el proyecto que es necesario recabar datos sobre las explotaciones y parcelas, lo que se ha encargado a NEIKER (folio 4971), se llevará un cuaderno de gestión de purines de cada explotación, y se celebrará un contrato de gestión entre la explotación ganadera y la propiedad de la planta (folio 4973) con la obligación de la explotación de entregar la totalidad del purín, esparcir adecuadamente el purín tratado si lo hiciera por sus medios y pagar los cánones de tratamiento establecidos, y con la obligación de la planta de entregar un purín tratado adecuadamente, esparcirlo de forma correcta y de certificar el correcto uso del purín por parte

de la explotación.”

Frente a lo anterior, en el informe de viabilidad técnico-económica sobre el proyecto “*Escalado industrial del tratamiento de efluentes de digestión anaerobia de purín de vacuno con residuos orgánicos por el proceso Sharon ANAMMOX*” (folios 5478 y siguientes), emitido en relación con el programa Ikerketa 2008, se expresa lo siguiente en el apartado relativo al “*planteamiento del proyecto y metodología*”:

“Existe un buen planteamiento del proyecto, que se puede resumir en la utilización de tecnología novedosas, más eficientes y más económicas para la reducción del nitrógeno en los digestatos obtenidos a partir de la digestión anaeróbica. El proyecto supone el escalado industrial de una tecnología innovadora, pero probada.

La metodología recogida en la memoria, para un proyecto sin duda complejo desde el punto de vista tecnológico, es adecuada a los objetivos establecidos.

La evaluación del planteamiento y adecuación de la metodología pueda valorarse como MUY ALTA.

El proyecto que dio lugar a dicho informe (folios 4695 y ss) hablaba del tratamiento de, aproximadamente 500 m3 de purín.”

Y razona todo lo anterior la Juez porque como la planta de fertilizantes se asocia a la viabilidad de la explotación y su exclusión se reprocha a la concursada, y siendo lógico presupuesto de la viabilidad de la explotación la viabilidad técnica de la solución adoptada para resolver el problema ambiental, a la luz de los informes dichos parece difícil que se pudiera concluir algo claro y certero en relación con este extremo.

3.8. INTERPOSICIÓN DE SOCIEDADES INSTRUMENTALES y VINCULADAS

La AC no sostiene esta alegación.

3.8.1. ALEGACIONES

3.8.1.1. MF: Tras unas consideraciones generales sobre el origen de KM y su carácter de sociedad interpuesta, por innecesaria, al no haberse encargado directamente de la ejecución del proyecto, afirma que la situación de insolvencia se generó y agravó al procederse a la diversificación de diversas partes del proyecto que, en origen, se contemplaba como único e interponer diversas sociedades vinculadas que, en destino, han sido las beneficiarias de los fondos públicos concedidos. Para el MF una evidencia de lo anterior es:

- Múltiples y sucesivos trabajos de ingeniería encargados.
- La construcción de la planta de tratamiento de purines.
- La urbanización de los terrenos

En cuanto a la urbanización de los terrenos, pese a incluirse en el presupuesto 2007 tal

urbanización, en el presupuesto 2008 se excluyeron, encomendándose a Excavaciones Viuda de Sainz, S.A., por un importe inicial de 1.691.731,57 €. El coste real de la urbanización preliminar ascendió a un total de 2.502.533,78 € €.

En cuanto a la construcción material de la planta, la ejecución se subcontrató a la UTE integrada por AHIDRA y COLSEN por 10.000.000 €.

Hace una relación de gastos realizados por KM y concluye el MF que si al gasto de urbanización se añade el precio de los terrenos y el coste de los proyectos de urbanización e impermeabilización y gastos asociados, se habría invertido un total de 3.355.992,78 € únicamente en disponer de terrenos preparados para la construcción de la planta. Concluye el MF que la gestión empresarial desarrollada se define por sus cifras.

3.8.1.2. Administradores: en relación con la alegación relativa al carácter interpuesto de KM: fue el Gobierno Vasco mediante un informe del año 2003, (página 2 informe AC) el que considera que hay un problema medioambiental en el Valle de Karrantza consecuencia de los purines generados, que se debe atajar mediante la construcción de una planta de tratamiento; en la comparecencia del año 2003 en la comisión parlamentaria, el Sr. Consejero de Agricultura y Pesca (doc. 1 AC) cifró el coste de la inversión en 20.000.000 € (página 4 de la comparecencia de 10 de noviembre de 2003); existe un informe del Doctor Flotats del año 2005 (página 3 del informe de la AC) que considera mejor solución técnica para resolver el problema un proyecto elaborado conjuntamente por AB (empresa participada por el Gobierno Vasco) y Levenger, S.L., y que con fundamento en dicho proyecto se optó por dar respuesta al problema de purines; para aplicar la solución, la Administración se desentiende de la gestión e involucra a los ganaderos. Esta solución, por remisión a la del Valle de Ultzama, no es una “originalidad vasca”, sino que es el mismo modelo que se ha seguido en otras comunidades autónomas. Luego en este hecho no puede estar la “interposición de sociedades”; desde febrero de 2007 KM es una sociedad unipersonal, constituida únicamente por GUVAC S. Cooperativa, quien, en diciembre de 2007, vende una parte de su capital social, el 21%, a Karrantzako Haraneko 2006, S.L., y otro 10% a IPAR KUTXA RURAL. Ninguna vinculación societaria ha existido entre KM y AB, al menos desde febrero de 2007; Vda. De Sainz ninguna vinculación orgánica tiene con KM; dichos presupuestos no pueden ser comparados por las razones ya expuestas; respecto de la adjudicación a Vda. De Sainz, no concreta el MF cuál fue la actuación de los consejeros; se trató de dos obras distintas: el “movimiento de tierras y urbanización del suelo” y la “impermeabilización de los suelos”; el proceso de adjudicación de las obras resulta de las actas del Consejo de Administración.

En lo referente a la desviación de lo presupuestado, la primera incidencia se trata en el acta de 4 de noviembre de 2009 (folio 42 y 42 vto). El Sr. Mendibil entrega a los consejeros un informe técnico en el que justifica la desviación presupuestaria (119.000 euros, más otros 268.000 euros, más otros 230.000 euros) y aconseja al Consejo que se acepte por ser “absolutamente necesarias para la continuidad del proyecto” y se solicita de la asesoría jurídica que estudio el asunto para exigir responsabilidades. En el consejo de 2 de diciembre de 2009 se presenta un informe técnico, emitido por el Sr. Mendibil, que estudia el origen de las desviaciones operadas (folio 44 vto y 45). En el consejo de 2 de marzo de 2010 (folio 55) se aborda el tema de la liquidación final de la obra adjudicada a Vda. De Sainz. Se concluye que la adjudicación inicial fue, sin IVA, de 1.691.731,57 € y que el presupuesto final, con las

ampliaciones ascendió a 2.502.533,98 €. Del contenido de las actas se colige el procedimiento observado para la adjudicación así como las desviaciones de lo presupuestado y sus causas, y el procedimiento en cuanto a la conducta exigible a los consejeros, y es conforme a la diligencia que le debe ser exigible a un administrador societario. Se adjudicó a Vda. De Sainz porque la oferta económica y técnicamente era la mejor, y las desviaciones de obra fueron técnicamente justificadas al consejo de administración.

3.8.1.3. Caja Laboral: es una afirmación absolutamente gratuita, carente de fundamento, de prueba en cuanto a su existencia y de falta de prueba sobre el incremento de los costes y por ello de la insolvencia; ni una cuantificación, ni un cálculo ni una prueba; el entramado de sociedades que se denuncia lo es de compañías con las que contrataba la concursada. Tal entramado tiene su explicación; fiscal, empresarial, de costes... que resulta desconocido para el representante de Ipar kutxa y para el resto de los consejeros. Pero el entramado de sociedades no significa que exista un fraude.

3.8.2. RESOLUCIÓN

No pueden prosperar las alegaciones del MF:

En cuanto a la condición de sociedad interpuesta de KM y su carácter innecesario, es irrelevante tal alegación en este procedimiento. Se remite la Juez en todo caso al fundamento de derecho primero.

En cuanto a la contratación de Viuda de Sainz y los costes de urbanización, ya se ha pronunciado la Juez sobre esta cuestión anteriormente y a ello se remite. En cuanto a las desviaciones que en relación con la propia obra ejecutada por Viuda de Sainz se produjeron, se tratan y explican los mismos en los consejos de administración y, en todo caso, lo que no ha aportado el MF es un informe pericial que permita concluir que el costo no se ajusta ni a las necesidades de la obra ni a los precios de mercado, y el mero hecho de que pudieran existir o existieran relaciones entre Ade Biotec y Viuda de Sainz no significa que las desviaciones no estén justificadas. Afirma el MF que la gestión empresarial de KM se define por sus cifras. Pero es necesario algo más que cifras para sostener una pretensión de culpabilidad por gestión negligente y grave. En este caso, en relación con las obras que nos ocupan obran los siguientes datos:

En el consejo de **4 de noviembre de 2009** (tomo 17, folios 5596 y siguientes), al que asistieron D. Ángel María Ruiz Quintano Torre, D. José Ignacio Muro, IPAR KUTXA y D. Martín Ascacibar, se trata la cuestión en los siguientes términos:

“c) Estado de la obra:

El Sr. Ascacibar informa de que se ha producido una grave descoordinación entre la dirección de la obra, Vda. De Sainz (ejecutora de la obra de movimiento de tierras e impermeabilización), Ade Biotec y Karrantzako Minda, S.L., que se ha conseguido corregir mediante reuniones semanales con todos los implicados.

Por otra parte, existe una importante desviación del presupuesto correspondiente a las obras de movimiento de tierras e impermeabilización (aproximadamente de 700.000 €), que es explicada por el

Sr. Ascacibar:

Movimiento de tierras (desvío de 119.000 €)

Se han realizado unos ensayos que dan hinchamiento en la roca machacada que estaba previsto que sirviera de material de relleno para la base de la futura edificación. Por tanto, este material hinchable es marginal.

El problema ha sido que los ensayos han llegado un mes más tarde, cuando el terreno estaba casi relleno.

Por tanto, ahora hay que mejorar lo ya colocado y aplicar encima otro material (zahorra), aproximadamente 6.000 m³, lo que supone un incremento del presupuesto de 228.480 €.

Además de lo anterior, se ha visto la necesidad de subir las cotas de las plataformas para evitar los movimientos de tierras.

Impermeabilización (desvío de 281.000 €).

La desviación se ha producido tanto porque se debe hacer más impermeabilización que la prevista en la zona de depósitos, y porque, consecuencia de la problemática surgida en relación con el movimiento de tierras, se han tenido que colocar una mayor superficie de láminas de impermeabilización.

Por su parte, el Sr. Mendibil hace entrega a los Sres. Consejeros de informe en el que se contiene su valoración técnica sobre la necesidad de afrontar estas desviaciones por ser absolutamente necesarias para la continuación del proyecto. Tras un intenso debate entre los consejeros, se aprueba por unanimidad el incremento del presupuesto de movimiento de tierras e impermeabilización. En todo caso, se acuerda igualmente informar con más detalle a la Sra. Barrenechea de todo lo acontecido para que la misma analice jurídicamente si es posible reclamar responsabilidad en relación con este importante daño sufrido por Karrantzako Minda. En este sentido, el Sr. Eguskiza manifiesta su profundo malestar por la situación ocurrida y su preocupación de que se produzcan estas situaciones en un momento tan inicial del proyecto. Pide al Sr. Mendibil que refuerce su control sobre estas situaciones para evitar que se repitan.”

(La negrita es de quien suscribe)

Sobre esta reunión declaró el testigo Sr. Eguskiza, representante de IPAR KUTXA, actualmente CAJA LABORAL, en el consejo de administración, y afirmó que la verbalización de su malestar por las desviaciones dichas debía entenderse en el contexto, pues el proyecto ya había sufrido causas sobrevenidas y había técnicos contratados para hacer los estudios, la obra y demás. Afirmó que llevaba en la fecha un año de consejero (V 31, 08:41) y que hasta la fecha no había existido ninguna desviación, que existía un contrato cerrado con AB y luego la preparación del terreno a cuenta de KM.

En la reunión de **2 de diciembre de 2009 (tomo 18, folio 5852 vto)**, el Sr. Mendibil presenta un informe técnico del estado económico de las obras de urbanización en el siguiente sentido:

“Tras el inicio de los trabajos se ha dado una característica inusual en la conformación de la roca para obtener rellenos. Este problema ha consistido esencialmente en que la roca picada, tras haber sido ensayada, da una característica de hinchamiento ante la humedad superior al 5% que no permite

considerar el suelo como seleccionado.

Esta característica del suelo, junto con la pérdida de material por las incesantes lluvias, ha provocado que los movimientos de tierra inicialmente planificados no fueran suficientes. Por lo tanto se ha necesitado realizar un mayor movimiento de tierras y excavaciones para encontrar un material de mejores características sobre el que poder construir la planta, en cada una de las plataformas.

Como consecuencia de este hinchamiento, la zona de los taludes, que en un principio no se iban a impermeabilizar, se ha optado también por colocar en ellos la capa impermeabilizante, para evitar filtraciones y posibles hinchamientos del terreno, que acarrearían futuros problemas en la planta.

Para asegurar el correcto funcionamiento de los terrenos frente a los distintos esfuerzos que se verá sometido, se ha decidido realizar el último metro de los rellenos con material seleccionado procedente de cantera, para evitar en cualquier caso un posible hinchamiento del subsuelo.

Esta característica del terreno, era desconocida hasta ahora ya que los informes realizados por Lurgintza no lo contemplaban, al realizarse según lo establecido en el CTE, donde no se recoge la necesidad deshacer esta prueba en los terrenos, sobre los que se prevé construir. Por tanto, en los informes realizados por Lurgintza, al tener un resultado correcto para todas las características examinadas, no se había contemplado, la aparición de esta deficiencia del terreno ni sus posibles correcciones.

También sería reseñable, la ausencia de responsabilidad en este aspecto de Argikest, al haber realizado la planificación de la dirección de obra, con la información que se tenía referente al terreno hasta el momento previo al comienzo de las obras y con los informes realizados por Lurgintza, donde no se recogen los valores de hinchamiento, ya que estos han aparecido en los exámenes realizados, una vez comenzados los movimientos de tierra.

Estas tres variaciones en cuanto a un mayor volumen de excavación, mayor superficie de impermeabilización y compra de material seleccionado para la capa superior suponen un aumento de coste según la Dirección Facultativa de 119.000, 268.000 y 230.000 €.”

“En vista de las explicaciones técnicas del Sr. Mendibil, en opinión de la Sra. Barrenechea no parece factible exigir ninguna responsabilidad por la desviación del presupuesto ni a Lurgintza (que si bien no realizó los controles que hubieran permitido detectar un posible hinchamiento del suelo, tampoco le eran exigibles tales controles); ni a Arkigest ya que aunque su planificación de la dirección de la obra se hubiera realizado con mayor diligencia, a lo sumo se podría haber detectado antes el problema lo que, según explicaciones del Sr. Mendibil, no habría evitado el sobrecoste. Es decir, se podría haber planificado con mayor antelación el incremento del presupuesto pero tal incremento nunca se habría evitado.”

En la reunión de **2 de marzo de 2010** (folios 5607) en relación con la liquidación del contrato con Vda. De Sainz consta lo siguiente:

“El Sr. Ascacibar presenta un cuadro detallado de la situación del contrato con Vda. De Sainz, considerando el desfase presupuestario derivado del incremento del movimiento de tierras y de la impermeabilización.

Comenta que, en consideración a tales circunstancias, la adjudicación inicial fue de 1.691.731,57 €, y que el presupuesto final asciende a 2.502.533,98 €.

Pero añade que ha surgido un nuevo imprevisto: El Decantador Biológico (llamado depósito NAS), que es el que separa el nitrógeno del líquido, va situado encima de la Plataforma 3, de forma que por ser el aparato más delicado de todo el proyecto tiene que estar perfectamente asentado. Los técnicos han llegado a la conclusión de que el asentamiento actual de la plataforma 3 no es suficiente por lo que tras barajarse distintas alternativas, se ha decidido que la mejor solución es una doble línea de micropilotes, que aunque supone otro incremento no previsto de 443. 532,78 €, es la solución más barata.

El Sr. Eguskiza pregunta cómo es posible que no se hubiera previsto esta cuestión en el proyecto, a lo que el Sr. Mendibil le contesta que las soluciones planteadas por Arkegest, no preveían la necesidad de estos micropilotes. Pregunta el Sr. Eguskiza hasta cuándo tiene que estar Arkigest, contestándole Felipe Mendibil que hasta que acabe Vda. De Sainz.

Añade que se han pedido dos presupuestos y el precio de 13.000 €/metro lineal propuesto por Vda. De Sainz, es correcto.

El Sr. Eguskiza insiste en que no le parece serio que hace meses se planteara una desviación del presupuesto y ahora se plantee otra. Es desconcertante y su opinión es que todo esto le merece una absoluta desconfianza, porque no es explicable que existiendo tres partes técnicas contratadas, pueden producirse desviaciones de estas características. El Sr. Mendibil le señala que inicialmente se buscó una solución para cimentar el NAS que luego se comprobó que no funcionaba.”

En relación con esta cuestión declaró el Sr. Eguskiza que se produjo una desviación en la urbanización en relación con la propuesta inicial y que posteriormente lo que se produce no es una desviación sino una necesidad de más impermeabilización, lo que lleva a más necesidades. Concluyó el Sr. Eguskiza que a la vista del informe técnico que consideraba que la única solución era la que se planteaba, y a la vista de la opinión de la parte jurídica, el Consejo lo asumió.

Sobre la no inclusión de la partida de urbanización en el presupuesto de 2008 ya me he pronunciado.

En este apartado reitera el MF sus alegaciones en relación con la subcontratación de la UTE, cuestión ésta que ya ha sido analizada.

En cuanto a las conclusiones que también realiza el MF en relación con el gasto invertido en la preparación del terreno considerados la compra de los dos terrenos y la duplicidad de trámites, estas cuestiones no guardan relación con la interposición de sociedades; se trata de un gasto que trae causa de la adquisición de los primeros terrenos en Matienzo y este hecho ya ha sido valorado.

3.8. RETRASO EN LA EJECUCIÓN

Alegan también el MF y la AC en diferentes apartados que se han incumplido los plazos de ejecución de la planta.

Debe rechazarse esta alegación pues el retraso no puede asociarse a otros hechos que al cambio de ubicación del terreno y a las dificultades derivadas de la urbanización de los terrenos, siendo los propios demandantes quienes relacionan la demora con el cambio de ubicación al

solicitar la declaración del concurso como culpable por tal razón.

En cuanto a los retrasos derivados de las obras de urbanización, sobre este hecho me he pronunciado anteriormente.

3.9. INCUMPLIMIENTO DE LOS COMPROMISOS ESENCIALES PARA LA VIABILIDAD DEL PROYECTO.

3.9.1. ALEGACIONES

3.9.1.1. AC y el MF: KM y AB han incumplido las obligaciones que asumieron en el Acuerdo Marco, que forma parte indisoluble del contrato llave en mano, concretamente: aportar KM fondos privados y conseguir AB la participación en su capital de determinados socios. Afirma el MF (página 29) que lo anterior fue *“una condición esencial de concesión de los fondos públicos solicitados”* (...) y que *“el incumplimiento de dicho compromiso sobre la generación y agravación de la insolvencia de la sociedad beneficiaria de los fondos públicos resulta evidente pues las Administraciones Públicas cumplieron su parte concediendo los fondos comprometidos, pero KARRANTZAKO MINDA Y ADE BIOTEC no aportaron la financiación privada propia a que venían obligados (y en base a cuya previsión se concedieron los fondos públicos). La AC nada dice en relación con la insolvencia.*

3.9.1.2. KM: se adoptaron todas las medidas que estaban a su alcance a fin de llevar a cabo el buen fin para el que se constituyó, siendo las instituciones públicas quienes abandonaron el proyecto.

3.9.1.3. AB: las declaraciones de intenciones no tienen más alcance que su carácter intencional y que se traslada a la práctica en el desempeño de iniciativas tendentes a la búsqueda de posibles inversores. Que no haya habido inversores dispuestos a entrar en el proyecto no es culpa ni responsabilidad de nadie. AB hizo el despliegue que le correspondía dentro de estas difusas obligaciones. Es rotundamente falso que AB no se haya implicado dinerariamente en el proyecto, con una pérdida de capital propio que le va a ser imposible recuperar. AB amplió capital en la suma de 500.000 € mediante una prima de emisión adicional de 2 € por participación, a través de la amortización de un préstamo participativo vinculado a la planta de purines que determinó que la implicación total incrementada, en cuanto a fondos propios en el proyecto por parte de AB fue de 1.500.000 €.

3.9.1.4. Caja Laboral: la finalidad de KM no era la obtención de beneficios; quién va a decidir invertir en un negocio que no reporta ningún beneficio ni rendimiento; no puede obligarse a nadie a acudir a una ampliación de capital ni a prestar dinero. La ampliación prevista, según el MF, era de 200.000 € y resulta ridículo pensar que tal ampliación fuera la *“tabla de salvación”* del proyecto. Ipar Kutxa no participó en ningún acuerdo de aportación de fondos propios con las Administraciones y por lo tanto no incumplió ningún compromiso. No se puede acusar a la Caja, como consejero, de que no intentara que se dotara de fondos privados a la mercantil (acta de 1 de junio de 2009): *“El Sr. Eguskiza plantea a los consejeros la necesidad de capitalizar la compañía ya que esta dispone de un capital social mínimo lo cual es poco recomendable para la ejecución de un proyecto de la envergadura como el previsto así como para solicitar la*

necesaria financiación externa de dicho proyecto.”. El resto de los socios no mostraron disposición alguna a favor. El representante de Ipar Kutxa insistió en la necesidad de disponer de un plan de viabilidad de la planta, para su estudio y búsqueda de financiación.

3.9.1.5. D. Martín Ascacibar: no hay un compromiso jurídico que se acredite de capitalizar KM o de financiarla por un sujeto particular; ni se percibe quién es el que incumple entre las personas afectadas; y por ninguna parte se documenta que BBK razone o rechace su falta de financiación, ni siquiera que se le solicitara. Argumenta que se trata de resolver un proyecto medioambiental y que la obtención de ingresos tiene por objeto disminuir o eliminar el coste de mantenimiento operativo de la planta, razón por la cual el aval de garantía de purín del Gobierno Vasco, anual y renovable, sólo tenía por objeto reducir la incertidumbre sobre el coste de mantenimiento operativo de la planta y así poder obtener financiación de las entidades financieras en la modalidad project finance, entre las que se encontraba la BBK. Finalmente, y pese a que ello suponía una disminución de las ayudas públicas, el Departamento de Hacienda no aprobó establecer la garantía dada su complejidad técnica, no formalizándose la garantía y no entrando en vigor el Protocolo de Intenciones.

3.9.2. RESOLUCIÓN

3.9.2.1. Las cláusulas del Acuerdo Marco que invocan MF y AC son las siguientes (solicitud concurso, folios 367 y siguientes)

OBLIGACIONES DE KM

Dentro del acuerdo TERCERO (Derecho y Obligaciones de KM)

“3.2 (Reestructuración societaria): “Con ocasión de la firma de los Acuerdos a los que se refiere el apartado 3.1, se producirá una reestructuración de la composición del capital de KM, de modo que en el mismo se encuentren representados tanto determinados Socios Públicos, como el Operador, GUVAC, y en su caso, la BBK (todos los anteriores conjuntamente denominados los “Socios de KM”), sin que ninguno de ellos alcance por sí solo la mayoría del capital social o de los derechos de voto del Promotor. Lo anterior se establece sin perjuicio de que pueda considerarse conveniente, antes de la firma del presente Acuerdo, la entrada de nuevos socios en el capital de KM.”

3.3 (Plan de Negocios y Balance): “Antes del 28 de febrero de 2007 o, de resultar posterior, con anterioridad al Cierre Financiero, los Socios de KM promoverán la aprobación por parte de la Sociedad de un Plan de Negocios a veinte años, en términos satisfactorios para las Entidades Financieras.

Los actuales Socios de KM promoverán que los nuevos Socios que se incorporen al capital de la Sociedad contraigan la obligación de asegurar la estructura del balance de KM durante la vida del Proyecto sea lo suficientemente sólida para atender, en las condiciones habituales de mercado, los compromisos y obligaciones de la Sociedad, para lo cual tomarán las medidas necesarias o convenientes, incluida la capitalización adicional de la misma en los términos de los presupuestos que anual o plurianualmente se vayan aprobando, de acuerdo con el Plan de Negocios.

Las obligaciones referidas en la presente estipulación deberán ser expresamente asumidas por los nuevos Socios de Km tras la reestructuración de su capital Social.”

Dentro del acuerdo QUINTO (Financiación del Proyecto y Suficiencia de Ingresos)

“5.1.2 (Financiación ordinaria): *“La financiación ordinaria del Proyecto complementará la financiación privilegiada en los términos previstos en el Estudio de Viabilidad Económico-financiera, en tres tramos:*

(i) fondos propios: Los Socios de Km adquirirán o suscribirán la parte alícuota de las ampliaciones de capital que les permitan alcanzar, en igualdad de condiciones económicas y derechos, la participación en el capital social de KM previamente acordada.”

Además de la financiación con fondos propios se contempla la deuda subordinada y la financiación ajena en la modalidad de “Project Finance.”

Lo anterior debe completarse con las previsiones del Estudio de Viabilidad Económico-financiera, que preveía para octubre de 2006 un capital social de 200.000 € (construcción de la planta que en el Estudio referido se preveía para el 1 de enero de 2007).

OBLIGACIONES DE AB

Dentro del acuerdo CUARTO (Derechos y obligaciones de AB)

“4.3. (Saneamiento y Reestructuración de AB):

“ADE BIOTEC se obliga a que con anterioridad a la firma del Contrato de Construcción Llave en Mano de la Planta y/o del Contrato de Gestión, Operación y Mantenimiento, habrá reestructurado la composición de su capital social y saneado su balance, arbitrando la salida de INASMET, y dando entrada a los Nuevos Socios.

ADE BIOTE manifiesta que la referida reestructuración de la composición su capital social se ejecutará siguiendo los términos de la Oferta conjunta formulada por SEMAS (...). Adicionalmente, ADE BIOTEC declara su vocación de que en su capital social se encuentre, además, directa o indirectamente, representados los Directivos y Empleados, determinados Socios Públicos a través de la Entidad designada al efecto, así como destacados grupos empresariales con fuerte implantación local (ONAINDÍA, Viuda de Saínz, y Urazka).”

9.2.2. No se estiman los incumplimientos invocados

1º. Este procedimiento no tiene por objeto enjuiciar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de AB sino, en su caso, de KM que es la concursada. En todo caso, ninguna obligación de aportar socios, como no puede ser de otra manera, resulta del acuerdo invocado. Ya se expresa en el mismo, pues no podría expresarse de otro modo, que AB *“declara su vocación de que en su capital social se encuentren”*. Lo que no puede argumentarse es que de ello derive obligación alguna porque resultaría ineficaz por vulneración del principio de libertad de empresa que consagra el artículo 38 de la Constitución Española. A nadie puede obligarse a exigir a terceros que forman parte del capital de una empresa, ni estos terceros pueden ser obligados a ello.

2º. No existe una obligación jurídica para KM ni de aportar fondos privados ni de acordar ampliaciones de capital social en la fase de construcción de la planta, que es en la que se

encontraba KM a la fecha de la declaración de concurso.

En cuanto a la ampliación del capital social; lo que existe es una previsión en un plan de viabilidad. No existe cláusula alguna en el Acuerdo Marco que obligue a KM a acordar tal ampliación en esta fase de construcción. En otro caso, la AC debió exigir el cumplimiento de tal obligación. La cláusula que prevé la capitalización adicional por parte de los socios lleva la rúbrica “*Plan de Negocios y Balance*”, refiriéndose a la explotación posterior de la planta, no a la construcción, haciendo alusión expresa la cláusula a un plan de negocios durante 20 años y a los presupuestos que se vayan aprobando, situación en la que no nos encontramos.

En cuanto a la financiación, hay una cláusula que AC y MF omiten; el acuerdo 3.1 (ii), conforme al cual “*KM promoverá y negociará la financiación del Proyecto de acuerdo con lo prevenido en el presente Acuerdo y según las directrices del Estudio de Viabilidad y, con tal objeto, concluirá, en su caso, con las Entidades Financieras los Contratos de Financiación para la deuda senior necesaria, en la modalidad “Project Finance” y en las condiciones de mercado para este género de proyectos.*” Y esta financiación se vincula también a la explotación de la planta, momento en el que cobra sentido la financiación en la modalidad “Project Finance” que, en definitiva, comporta cumplir los compromisos derivados de la financiación con los rendimientos del proyecto, por ello se puntualiza en el apartado 5.1.2 en relación con la deuda senior que “*Las Partes declaran su voluntad de que el Proyecto, en la parte no cubierta por la financiación privilegiada ni por la financiación subordinada, sea financiado **sin recurso a los Socios**, acudiendo para ello a financiación ajena en la modalidad de “Project Finance.”*”

Consecuencia de lo anterior, el Sr. Oguskiza declaró que si el Acuerdo Marco hubiera comportado obligaciones financieras no lo habrían firmado (V31; 28:47 y V32; 27:54 y V33; 07:46). En cuanto a la necesidad de capitalización que expresó el Sr. Eguskiza en las reuniones del Consejo de Administración, declaró que ello no era porque entendiera que la sociedad estuviera infracapitalizada, sino porque su imagen mejoraría de cara a terceros. Argumentó que el proyecto es de impulsión pública y que se nutre de financiación pública, pero si fuera necesario acometer acciones con terceros mejoraría la imagen de la sociedad con mayor capital social (V31). Añadió que la solución no estaba en la ampliación del capital social (V32; 27:53).

Y lo anteriormente expuesto se corresponde con el objeto que en cuanto a la financiación de la planta pretendía la Administración pública: financiar la construcción pero no la explotación. Así lo expresó ya el Sr. Consejero en su comparecencia en el año 2003, ya referida, y en este sentido entendió que debía ser el testigo Sr. Legarreta. Declaró éste (V 35; 20:42) en relación con el capital social de KM (3.000 €): “*A mí no me preocuparía tanto que tuviera poco capital, porque en la problemática ambiental es necesaria la participación pública para resolverlo. No plantearía problema que la mayoría, sino la totalidad, de la inversión sea pública.*”

3º. La ampliación del capital social no era una condición esencial de la concesión de subvenciones pues, en tal caso, la Administración pública debió o no concederlas o exigir el reintegro, pues la previsión de aportación conforme al Estudio de Viabilidad era en 2006. Y ninguno de los reintegros de las subvenciones reconocidos como créditos en este concurso, y tampoco los que no han sido reconocidos (subvenciones nominativas del Gobierno Vasco y subvención directa de la Diputación Foral de Bizkaia), ha tenido por causa que KM no ampliara

su capital social.

En consecuencia, no pueden prosperar las alegaciones del MF y AC como hecho generador o agravador de la insolvencia.

4. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO (art. 165.1º LC)

4.1. ALEGACIONES

4.1.1. La AC expone sobre las siguientes ratios:

Fondo de maniobra (diferencia entre el activo corriente y el pasivo corriente; se refiere a la capacidad que tiene una empresa para poder atender sus pagos a corto plazo, y a la vez poder realizar inversiones): es positivo hasta 2008, tendiendo a ser negativo a partir de 2009.

Ratio de tesorería (proporción de recursos líquidos disponibles para atender las deudas a corto plazo): en el año 2009 no puede afrontar tales deudas con tesorería.

Solvencia a corto plazo (capacidad para hacer frente a las deudas a corto plazo: en 2009 y 2010 ha habido una ratio de solvencia a c/p por debajo de la unidad, lo que quiere decir que no es capaz de hacer frente a sus deudas a corto plazo.

Análisis de solvencia: evalúa la capacidad de la empresa para atender el importe de todas las deudas. La ratio de garantía de solvencia total muestra la distancia de la empresa respecto a una situación de máximo desequilibrio que desencadenaría una situación de insolvencia. Relación entre el activo real de una empresa y sus deudas totales. En este caso los ratios son superiores a la unidad. Pero estos ratios no son fiables porque consta el valor contable del inmovilizado material y no el real o valor de mercado, que con el paso de los años depreciaría el valor del inmovilizado material acumulado por la concursada.

Autonomía financiera: ratio que mide la capacidad de una empresa para financiarse. Se trata de la relación existente entre los capitales propios de la empresa con el total de capitales permanentes necesarios para su financiación, donde se incluyen también los préstamos y créditos a medio y largo plazo. Los ratios son excesivamente pequeños, luego no posee autonomía financiera como para favorecer su expansión y crecimiento, sino todo lo contrario.

Ratio de endeudamiento: ratio financiero que mide la relación existente entre el importe de los fondos propios de una empresa con relación a las deudas que mantiene en el largo como en el corto plazo. En este caso la ratio de endeudamiento a largo plazo se sitúa alrededor del 1, coeficiente relativamente bueno. En cuanto a la ratio de endeudamiento a corto plazo, lo ideal es que se sitúa como máximo por debajo del 0,5. En este caso, a partir de 2008 la concursada tiende a incrementar sus coeficientes, alcanzando en 2010 un coeficiente de 6,38, perdiendo así su autonomía financiera.

Concluye por todo ello la AC que al finalizar 2009, en su cierre de ejercicio, debió la concursada conocer **su estado de insolvencia inminente** (el subrayado es de quien suscribe).

4.1.2. El MF, tras afirmar que la declaración de concurso **se presentó en plazo** atendiendo a las fechas en que las Administraciones públicas exigieron el reintegro de las subvenciones, alega, previa consideración de las ratios que considera la AC, que aun no habiéndose exigido el reintegro, ya **al cierre del ejercicio 2009 KM** debieron conocer los administradores sociales la imposibilidad de cumplir el condicionado de las subvenciones y su obligaciones de devolver las mismas aun cuando no fueran exigidas por la Administración, lo que suponía considerar las mismas como exigible a corto plazo y no como patrimonio neto. Concluye por ello el MF que existía una situación de insolvencia inminente material, aunque no formal. Y todo ello en relación con el informe de auditoría de las cuentas correspondientes al ejercicio 2009, formuladas el 26 de marzo de 2010. En la nota 11 de la memoria de dichas cuentas afirman los administradores sociales (solicitud de concurso, folios 618 y siguientes) que las subvenciones (convenios 2007 y 2008 del Ministerio) se llevan a patrimonio neto porque en fecha 28 de diciembre de 2009 se ha concedido a la Sociedad una prórroga de 7 meses, hasta el 31 de julio de 2010, para la subvención concedida en 2008, y los administradores consideran que no existen dudas sobre el cumplimiento de las condiciones impuestas por el Ministerio en cuanto a justificación de gastos de construcción de la planta y de fechas de puesta en funcionamiento. En relación con tal nota, el auditor Sr. Arzuaga expresa en su informe que *“a fecha actual no podemos conocer de forma objetiva si se cumplirán dichos requisitos, en concreto el de la fecha de ejecución y puesta en marcha.”* En la vista explicó el auditor que hizo tal apunte debido a la incertidumbre que tenía sobre la continuidad a pesar de lo que los administradores consideraban que iban a cumplir los requisitos porque iban a pedir una ampliación de plazo (se refiere a la nominativa 2008), pero él como auditor no tenía la seguridad de que fuera a ser así y así lo dijo. En el informe añade otro apunte el auditor expresando: *“Como se indica en la nota 2.3 de la memoria la Sociedad no tiene asegurada la financiación de su proyecto de inversión, asimismo desconocemos si se cumplirán las fechas de ejecución y puesta en marcha comprometidas con las instituciones que han concedido subvenciones. **La capacidad de la Sociedad para continuar su actividad de forma que pueda realizar sus activos y liquidar sus pasivos por los importes y según la clasificación con que figuran en las cuentas anuales adjuntas, que han sido formuladas bajo el principio de empresa en funcionamiento, dependerá de que las instituciones públicas y privadas sigan prestando su apoyo financiero al proyecto y que se obtengan las prórrogas necesarias para el cumplimiento de los requisitos de las ayudas recibidas**”* (el subrayado es de quien suscribe). Concluye el auditor que *“excepto por el efecto de los posibles ajustes que pudieran ser necesarios si se conociera el desenlace final de las incertidumbres indicadas en los puntos 1 y 2, las cuentas expresan la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera.”* Partiendo de lo anterior, lo que dice el MF es que los administradores, que afirman en la nota de la memoria que consideraban cumplirían el condicionado de las subvenciones, debieron prever en realidad que tales condiciones no se cumplirían y que tendrían consecuentemente que devolver las subvenciones aun cuando no se exigieran por la Administración, y que además se paralizaría la liberación de más fondos, llevando por lo tanto el importe de las subvenciones al pasivo corriente o exigible a corto plazo y derivando de ello una situación de insolvencia no actual, sino inminente, que obligaba a presentar la declaración de concurso. En esta línea, argumenta el MF que al cierre del ejercicio 2009 la construcción de la planta todavía no se había iniciado (comienza en abril de 2010) y, sin embargo, la sociedad carecía de fuentes de

financiación, no se había aportado capital privado, el compromiso de ejecutar el proyecto conforme al calendario y presupuesto previstos (base de la concesión de los fondos públicos) no se había cumplido, existe un sobreendeudamiento evidente y el importe del activo líquido permitía prever tensiones de tesorería. Añade el MF que aunque la concursada afirma que mantuvo reuniones a lo largo de los ejercicios 2009 y 2010 para obtener más financiación, las enormes variaciones operadas en el proyecto hacían más que previsible el corte de financiación de las Administraciones Públicas, y todo ello aun considerando la subsistencia del problema medioambiental. Ante tal situación y en vez de solicitar la declaración de concurso, KM dio comienzo a la ejecución de las obras en abril de 2010 y paralelamente abordó nuevamente la cuestión relativa al destino del purín tratado, con un nuevo estudio de viabilidad que sitúa el costo total en 17.668.964,98 € (estas cuestiones ya se han desarrollado en apartados anteriores). La concursada encarga un nuevo estudio a COMAV que se emite en enero de 2011 (doc. 16 de la solicitud inicial) y en dicho informe se indica: que se ha optado definitivamente por someter la fracción líquida al proceso de osmosis inversa para su posterior vertido al cauce público; que se ha contactado con diversas empresas con las que se ha alcanzado un principio de acuerdo de suministro de residuos para ser tratados en la planta; que sin la ayuda de la Administración vasca la explotación de la planta es inviable, deficitaria. En relación con las reuniones con el Gobierno Vasco, argumenta el MF:

- Reunión de 30 de julio de 2009. No se menciona su contenido.

- Reunión de 28 de enero de 2010. Las obras no se habían iniciado y AB ya había percibido 4.188.827 €. Aunque la concursada manifiesta que el Gobierno Vasco mostró su interés en la continuación del proyecto y que dicho interés es lo que motivó que KM diera inicio a la ejecución de las obras, lo único acreditado es que el Gobierno Vasco contrató una auditoría sobre la gestión desarrollada por la mercantil desde su constitución (informe de Gutiérrez Bureu D` Auditeurs el 29 de abril de 2010).

- Reunión de 22 de septiembre de 2010: la concursada afirma que *“la consejería muestra una actitud poco colaboradora con la continuidad del proyecto porque entiende que existen incertidumbres tanto técnicas como económicas – nunca advertidas con anterioridad – y que mientras no se resuelvan, no van a entregar el dinero comprometido.”* Tales incertidumbres motivan que el Gobierno Vasco solicitara sendos estudios sobre el proyecto a la UPV y a NEIKER.

La no presentación de la declaración de concurso incrementó la insolvencia en las siguientes cuantías: en un importe de 1.000.000 euros correspondiente al Convenio suscrito con la Diputación Foral de Bizkaia, 2º pago, fecha cobro 14.01.2010; en un importe de 506.334,80 € (sin IVA), correspondiente a la cantidad abonada a AB de acuerdo con la certificación visada y autorizada por Felipe Mendibil el 7 de julio de 2010 (doc. 10 de la contestación a la demanda reconvenzional de AB – incidente concursal 669/2012).

Ante la falta de liquidez, KM suspende las obras del contrato llave en mano el 30 de septiembre de 2010, cinco meses después de dar comienzo a las mismas.

4.1.3. KM: en el momento de presentar el concurso no había deuda alguna líquida, vencida y exigible; mantuvieron reuniones con el Gobierno Vasco desde julio de 2009 hasta

septiembre de 2010. Tras una reunión en enero de 2009 en la que se advirtió el interés del Gobierno Vasco con la continuación del proyecto, se decidió dar inicio a la ejecución de las obras de cimentación en abril de 2010. En la reunión de septiembre de 2010 la Consejería mostró una actitud poco colaboradora en la consideración de que existían incertidumbres, y anunció que encargaría sendos estudios sobre el proyecto tanto a la Universidad del País Vasco como a NEIKER, quedando la decisión y las ayudas pendientes del resultado de tales informes. Alega KM que confiaba en el resultado de los informes porque era consciente de haber realizado una gestión ordenada y prudente, y porque voluntariamente había sometido a auditoría sus cuentas anuales. Explica KM que con la finalidad de solventar las incertidumbres que la Administración refería contrató informes a las mercantiles Hidroambiente, S.A., y Consultoría y Medioambiente Vitoria, S.L., (doc. 21) para la emisión de sendos informes. El Consejo de KM suspende el contrato llave en mano con efectos a 30 de septiembre de 2010, y suspende también el encargo a Hidroambiente.

4.1.4. Los administradores: han auditado las cuentas en los ejercicios 2008, 2009 y 2010; las cuentas auditadas a 31 de diciembre de 2010 presentaban un patrimonio neto de 1.322.463,20 € y un efectivo en cuenta de 685.520,43 €; los informes trasladan la conclusión de que a 31 de diciembre de 2010 la sociedad no era insolvente. Se remiten los administradores al informe elaborado por D. Luis Alberto Moreno Lara de la firma Auren Auditores Bio, SLP., en el que se concluye que la insolvencia que genera el deber de presentar el concurso no se produce hasta junio de 2011.

4.1.5. AB: MF y AC confunden y utilizan como sinónimos el concepto de desbalance con el de insolvencia. Desde finales de 2009 hasta la presentación del concurso KM cumplió regularmente con las obligaciones económicas, líquidas, vencidas y exigibles adquiridas para con terceros, por lo que no hubo durante ese periodo sobreseimiento general de sus pagos; hasta el 5 de mayo de 2011 no se inicia el reintegro de los fondos percibidos por el Ministerio de Ciencia e Innovación por cuantía de 2.243.243,84 €, y hasta el 8 de junio de 2011 no se exige la devolución de los Ikerketas por cuantías de 374.995 € y 500.000 €. Es a mediados de 2011 cuando se constata la negativa de las Administraciones públicas a continuar, ampliar o conceder nuevas ayudas.

Las subvenciones a fondo perdido no eran reintegrables, y sólo se ha solicitado su reintegración a raíz de que las Administraciones públicas hayan considerado que el proyecto es inviable. La Administración, visto que el proyecto fracasaba, pide el reembolso, pero esto no era ni previsible ni estimado por parte de KM.

4.2. RESOLUCIÓN

La pretensión de culpabilidad no puede prosperar.

La insolvencia que a juicio de la AC y del MF debió motivar la solicitud de declaración de concurso a finales del ejercicio 2009 es una insolvencia que se califica como inminente y que se basa en la previsión que debieron hacer los administradores en dicha fecha de que no cumplirían las condiciones de las subvenciones, con la consecuencia de considerar las mismas pasivo exigible, pasivo que no podrían atender.

El perito D. Luis Alberto Moreno Lara (tomo 14, folios 1436 y ss), que ratificó y defendió

su informe en la vista, partiendo de la exigibilidad real de los pasivos a corto plazo, de las fechas en que el reintegro fue exigido por las Administraciones públicas, y de que es en ese momento cuando se produce la tensión de tesorería, llega a la conclusión de que la insolvencia inminente, que no actual, empieza a constatarse el 31 de diciembre de 2010, tornando aquélla en insolvencia actual en junio de 2011 (folio 1493)

No comparte la Juez la postura de la AC y del MF porque, sin perjuicio de que la insolvencia inminente no genere obligación de solicitar la declaración de concurso, parten de una situación incierta; cual era la paralización del proyecto por parte del Gobierno Vasco. Esta decisión que a la vista de todo lo sucedido podía parecer evidente, no lo fue tanto en su momento y en su contexto, y así resulta de la prueba practicada. Luego admitiendo a efectos dialécticos que derivara de la situación de insolvencia inminente una obligación de solicitar la declaración de concurso, la culpa por no haberlo hecho debiera ser calificada como leve.

En efecto y en relación con las reuniones del Gobierno Vasco, con independencia del contenido que tuvieran esas reuniones, de las que únicamente se pueden conocer las apreciaciones subjetivas que las partes obtuvieron de las mismas pues no se documentaron, lo cierto es que se mantuvieron hasta tres reuniones, lo que significa, cuando menos, que durante ese periodo el Gobierno Vasco creó la expectativa de poder ofrecer solución a la cuestión, en otro caso no hubieran sido necesarias tres reuniones, en la primera, y a lo sumo en la segunda, podría haberse dado por zanjada la cuestión. La prueba practicada demuestra que el Gobierno Vasco advierte incertidumbres que en un momento inicial, y tal y como se le plantean, no le parecen bastantes para detener el proyecto, por ello solicita hasta tres informes, no pudiéndose calificar de negligente y grave esperar una respuesta de la Administración cuando de ello puede depender la viabilidad de un proyecto que no sólo se valora como necesario por todas las instituciones sino que ha generado ya una importante inversión, sin olvidar que fue además esa Administración la que lo impulsó, pudiéndose presumir su preocupación por que el mismo salga adelante.

Como decía, no es controvertido que se celebraron tres reuniones con el Gobierno Vasco, comprendidas entre el 30 de julio de 2009 y el 22 de septiembre de 2010, y que en ese periodo el Gobierno Vasco solicitó informes. Es más, contando con un informe de BUREAU D`AUDITEURS de 29 de abril de 2010, el Gobierno Vasco se reunió con la concursada el 22 de septiembre de 2010 y dejó pendiente su resolución de dos estudios que recabó de la Universidad del País Vasco y de NEIKER, emitiendo estas entidades informes en diciembre de 2010. Es decir, transcurrieron 17 meses desde la primera reunión del Gobierno Vasco hasta que se emitieron los informes que fundaron su decisión, no manifestada expresamente, de paralizar el proyecto, habiéndose suspendido ya a la fecha el contrato con AB en septiembre de 2010.

Va a reproducir la Juez las conclusiones del informe de BUREAU D`AUDITEURS de 29 de abril de 2010, porque sus conclusiones no son favorables a la actuación de la concursada y a pesar de ello el Gobierno Vasco no tomó una decisión en aquel momento y dejó pendiente su resolución de dos estudios. Luego no parece tan evidente que pudiera tener la concursada una previsión clara de que no se apoyaría el proyecto. Estas son las conclusiones del informe (sección sexta, tomo 4, doc. 13 AC, folios 1539 a 1541):

“Con fecha 19 de febrero de 2007 se firmó un documento denominado “Acuerdo marco para la

promoción, financiación, construcción y operación de planta de Biogás y compós para la gestión, tratamiento y valoración de los residuos orgánicos de origen bovino procedente de las explotaciones ganaderas del Valle de Karrantza por el cual el Gobierno Vasco afianzaba las obligaciones asumidas por los ganaderos en virtud de los Contratos de Suministro de Purín, durante toda su vigencia (20 años): Para el ejercicio 2008, la cuantía máxima de la referida garantía quedó fijada en 2.002.675 €. Anualmente se procedía a la renovación y ajuste de la referida garantía (pág. 6 anterior).

Según afirmaciones de los representantes de KM, dicho acuerdo de garantía no se llegó a ratificar y por lo tanto carece de validez, por lo que recomendamos la firma de algún documento que corrobore dichas afirmaciones.

Así mismo y hasta la fecha no se tiene constancia de la firma por parte de los ganaderos de los contratos a largo plazo de suministro de purín por lo que se recomienda la firma de dichos contratos a la mayor brevedad posible con objeto de poder garantizar en cierta medida parte la materia prima y de los ingresos de la Planta.

En el acuerdo marco mencionado en el punto anterior se hace mención de forma continuada a un Estudio de Viabilidad Económica Financiera de la Planta que se adjunta como Anexo al mismo y que debido a los continuos cambios ha quedado completamente desfasado tanto en cuanto a fechas como a previsiones de ingresos y gastos utilizadas en el mismo. Se recomienda la actualización y ratificación en su caso del mismo o la elaboración de un nuevo estudio que sea aceptado por las partes y que pueda servir de base a los diferentes acuerdos firmados.

A lo largo del primer semestre de 2007 la sociedad Km procedió a la compra de varias parcelas de terreno en la zona denominada "Matienzo" donde se tenía previsto la instalación de la Planta. Posteriormente y por causas ajenas se tuvo que cambiar la ubicación a una nueva zona denominada "Torcachas" para lo cual se procedió así mismo a la compra de otros terrenos y al inicio de las obras de movimientos de tierras y construcción definitiva.

Dado que los terrenos inicialmente adquiridos en la zona de "Matienzo" no van a ser utilizados ni se pueden considerar afectos al proyecto, sería recomendable la enajenación de los mismos a la mayor brevedad y con la mayor transparencia posible, con objeto de afectar los fondos de dicha venta al proyecto.

Debido a las importantes modificaciones que ha sufrido el Proyecto desde su inicio, y con objeto de adecuar la realidad de la marcha del mismo con los presentados a los diferentes organismos oficiales, sería recomendable la comunicación "oficial" de las diferentes modificaciones producidas.

En el Acuerdo Marco se establece que KM formalizara un contrato de gestión, operación y mantenimiento de la Planta con ADE BIOTEC percibiendo, ésta a cambio, un canon. Así mismo en el Contrato Llave en Mano se establece que ambas partes se comprometen a desarrollar y aprobar el contrato de gestión de la explotación con un tiempo máximo de cuatro meses desde la fecha de firma de dicho contrato (10 de octubre de 2008) sin que hasta la fecha se haya formalizado dicho contrato. Debido a la importancia que pueda tener dicho contrato de cara a la rentabilidad futura de la Planta, se recomienda la firma de dicho contrato a la mayor brevedad posible.

Tal y como se recoge en el Acuerdo Marco las subvenciones a fondo perdido se afectarán directamente a la atención de los pagos debidos por el Contrato llave en Mano (pág. 10 apartado 5.1.1. – Apoyo financiero/financiación privilegiada punto (i) y la totalidad de los anticipos reintegrables quedarán afectados a la financiación de la construcción de la Planta, mediante su abono a ADE BIOTEC en los términos que resulten del Acuerdo, del Contrato Llave en Mano y los demás contratos

que los desarrollen (pág. 10 apartado 5.1.1.- Apoyo financiero/financiación privilegiada punto III).

A fecha actual y dado que no disponemos de las partida a las que se han asignado las subvenciones de la DFB-BFA y las de la Administración General del Estado no podemos asegurar que dichas subvenciones se hayan afectado directamente a la construcción de la Planta en los términos anteriormente expuesto.

Así mismo de los anticipos reintegrables correspondientes a IKERKETA 2006 un importe aproximado de 1.163,212 € no han sido afectados directamente a la construcción de la Planta en los términos anteriormente expuestos.

En nuestra opinión la mayor parte de los gastos presentados como justificantes en el Programa IKERKETA 2006 no cumplen los requisitos para ser considerados como inversiones y gastos susceptibles de anticipos reintegrables tal y como se regula en el artículo 5 del Decreto 230/2004, de 23 de noviembre en el que se regulan las condiciones del Programa IKERKETA 2006.

Así mismo las facturas presentadas para la justificación IKERKETA 2006 no se ajustan a lo presentado en la solicitud para acogerse a dicho programa.

Las actividades previstas dentro del presupuesto presentado a IKERKETA 2006 se deberían de haber finalizado con fecha agosto 2009, cuando a dicha fecha y debido al retraso en la construcción de la Planta, no habían empezado.

Con cargo al Convenio 2008, se han imputado acciones de formación de operarios y técnicos intervinientes en el Proyecto por importe de 73.900 €, si bien hasta la fecha KM no dispone de personal ni se nos ha justificado de otra forma dichas acciones formativas. Sería recomendable detallar de forma clara las acciones formativas que en su caso se hubieran realizado con indicación de participantes, días, materias impartidas, evaluación de las mismas, etc.

Se ha modificado por parte de ADE BIOTEC el concepto de algunas facturas inicialmente presentadas como justificación con el objeto de hacerlo coincidir con lo presentado con la solicitud sin que quede bien claro qué es lo realmente realizado. Es imprescindible que el concepto detallado en la factura coincida con lo realmente realizado.”

No pueden obviarse tampoco las conclusiones del informe del Sr. Legarreta (tomo 17, folios 5452 y ss), quien tras afirmar que son muchas las dudas que se plantean sobre la viabilidad del proyecto (página 5/7), y afirmar en la vista que *“la construcción de la planta se atacó con voluntarismo antes de que estuviera hasta el último detalle”* y también que *“fue un proyecto muy ambicioso en el que no se escatimaba tanto como en otros proyectos”* (V 34; 35:12 y 36:58), concluye no obstante en su informe (página 6/7):

“A estas alturas, no parece muy viable que el Departamento de Medio Ambiente, Planificación Territorial, Agricultura y Pesca se desentienda del proyecto en marcha, dado que había iniciado su andadura bajo sus auspicios. Tampoco tengo criterio de hasta qué punto se podía implicar a la DFB en alguna faceta del proyecto, como pudiera ser en las subvenciones a los ganaderos para la construcción de las balsas de purines tratados. En cualquier caso, antes de continuar aportando nuevas subvenciones parece absolutamente necesario que se adopten algunas medidas como las siguientes” (ya referidas en otro apartado de la sentencia).

El propio D. Juan Ramón Azkue Manterola, Viceconsejero en la fecha de las reuniones referidas, declaró que *“todo lo que hacía el Gobierno era para solucionarlo”* (V 40: 24:39). Significa esto que si existió un propósito de solución, este propósito, y no otro, se trasladaría a

los administradores de KM al menos en la primera y segunda reunión, pues en otro caso no hubiera existido la tercera.

En todo caso, y previa exposición de lo anterior con motivo del planteamiento de la AC y MF, la insolvencia inminente no genera obligación de solicitar la declaración de concurso. En tal sentido procede traer a colación la **SAP de Bizkaia, sección 4ª, de 06 de julio de 2011 (sentencia: 492/2011; recurso 218/2011)**

“TERCERO.- Por el contrario, no se comparten las razonamientos vertidos por en la sentencia recurrida para que los otros hechos alegados puedan integrar la presunción prevista en el artículo 165.1 de la Ley Concursal ni (...)

a) No cabe apreciar la presunción del artículo 165.1º de la Ley Concursal basada en el incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso, en tanto que dicha obligación debe ponerse en relación con el artículo 5 de la citada Ley, y la solicitud de concurso voluntario se presentó el día 2 de julio de 2.008, una vez operado el lanzamiento del local arrendado el 30 de junio de 2.008 y la imposibilidad de seguir ejercitando la actividad social.

La existencia de fondos propios negativos como se recoge en la sentencia de instancia por sí sola no significa la insolvencia definitiva que obligue a la sociedad a solicitar el concurso, (...)

En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de mayo de 2.009: "Es pacífica la doctrina que, interpretando conjuntamente el art. 5.1 con el art. 2.2, ambos de la Ley Concursal, consideran que sólo si el deudor se encuentra en situación de insolvencia actual existe como tal el deber de solicitar del juez la declaración de concurso. Si la insolvencia no es actual sino inminente (esto es, que el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, art. 2.3 "in fine" de la Ley Concursal no existe un deber legal de solicitar la declaración del concurso. Por ello, el deudor que se encuentra en estado de insolvencia inminente y que no solicita la declaración de concurso en el plazo de dos meses no incumple obligación alguna y, consecuentemente, no se da el supuesto de hecho del art. 165.1 de la Ley Concursal..

(...)

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 13 de marzo de 2.009 "Esta segunda conducta imputada al administrador está vinculada con el deber de instar el concurso, que el art. 5 LC impone al deudor dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiere conocido o debido conocer su estado de insolvencia, esto es desde que no pudo cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Deber que en el caso de sociedades recae en su órgano de administrador, legitimado por el art. 3.1 LC para pedir el concurso voluntario de la entidad.

Como es sabido, el deber de instar el concurso surge únicamente de la situación de insolvencia actual, pero no inminente. La insolvencia actual concurre, según el art. 2.2 LC, cuando el deudor no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Por otra parte, puede ocurrir que la situación de insolvencia anterior hubiera sido removida, desapareciendo entonces el deber de instar el concurso, de tal forma que lo importante es juzgar si el deudor se retrasó en solicitar el concurso, esto es, si dos meses antes de su solicitud ya estaba en estado de insolvencia y venía obligada a solicitar el concurso. Para ello, habría que probar que, cuando menos, dos meses antes no podía pagar créditos exigibles. .

No debemos olvidar que al margen de la imagen de solvencia que podría darnos un análisis financiero como el realizado por la Administración Concursal en el anexo a su informe, atendiendo al

ratio de solvencia ajustado, de liquidez, de capital circulante comercial y de fondo de maniobra, de hecho, mientras tenga crédito para pagar sus créditos exigibles no es insolvente a efectos concursales. A este respecto, tampoco debe confundirse el deber de instar el concurso con el deber de instar la disolución de la sociedad, que operan en ámbitos distintos -uno concursal y otro societario-, de tal forma que a los efectos que ahora juzgamos, resulta indiferente que la sociedad pudiera haber estado desde hacía tiempo incurso en la causa de disolución del art. 260.1.4º TRLSA (perdidas que reducen el patrimonio de la sociedad por debajo de la mitad de su capital social)".

Conforme a lo expuesto, debe desestimarse este supuesto de culpabilidad.

5. INEXACTITUD GRAVE en CUALQUIERA DE LOS DOCUMENTOS ACOMPAÑADOS A LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE CONCURSO (art. 164.2.2º LC)

La AC no sostiene este supuesto de culpabilidad.

5.1. ALEGACIONES

MF: a) no ha hecho mención la concursada en los documentos acompañados a la solicitud inicial a la evidente y decisiva implicación e intervención del Sr. Martín Ascacibar y de la mercantil AB en la existencia misma de KM, en la generación y agravación del estado de insolvencia, y en el ideario, desarrollo y ejecución del proyecto para cuya concesión y puesta en marcha se creó la sociedad concursada; b) no haber hecho mención en la descripción de las causas del estado de insolvencia a la negligente gestión social desarrollada en el seno de KM como causa evidente y directa del estado de endeudamiento e imposibilidad de atención de las obligaciones exigibles; c) irregularidad sustancial en los estados contables (página 43).

KM: no existe inexactitud grave. Acompañó a la solicitud no sólo la documentación legalmente exigible (art. 6 LC) sino un completo dossier de más de 500 páginas en las que explica todo tipo de detalles e información sobre el devenir de la compañía.

Administradores: niegan que exista inexactitud grave, ni leve, en ninguno de los documentos presentado conforme al art. 6 LC y, en su caso, art. 45 LC.

5.2. RESOLUCIÓN

No puede prosperar este supuesto de culpabilidad.

5.2.1. Sobre el mismo se ha pronunciado el TS en Sentencia de 3 de noviembre de 2016 (sentencia 650/2016; recurso: 725/2014):

“VIGESIMOCUARTO.- (...) Esta sala apenas ha tenido ocasión de tratar tangencialmente esta causa de calificación del concurso como culpable. Pero nuestros tribunales de instancia sí lo han hecho.

*Los tribunales han considerado **acertadamente** que la inexactitud en los documentos que constituye esta causa de culpabilidad supone la **falta de adecuación a la realidad de la información contenida en un documento auténtico y válido** (de ser falso, se trataría de la presentación de*

documentos falsos, que también integra esta causa de culpabilidad), que puede ser tanto intencional como por infracción de la diligencia debida, sin que sea admisible excusar al deudor por haber delegado en un tercero su confección o aportación.

Para su consideración como causa de culpabilidad diferenciada de otras previstas en la Ley Concursal es necesario que tal inexactitud no haya sido ya objeto de valoración por aplicación de un precepto preferente que contemple el mismo desvalor, como ocurre cuando la inexactitud en las cuentas anuales acompañadas a la solicitud de concurso ha sido considerada como irregularidad contable relevante para la comprensión de su situación patrimonial o financiera y ha determinado la aplicación de la específica causa de culpabilidad del art 164.2.1º de la Ley Concursal.

Es también necesario que tenga una trascendencia informativa relevante para el concurso, en concreto para alguna de sus operaciones sobre la masa activa o pasiva, para la calificación o para la aprobación del convenio (...).

5.2.4. En este caso y comenzando por la “*irregularidad sustancial en los estados contables que la concursada acompaña a su solicitud inicial*”, funda el MF (página 43) su alegación en lo manifestado por la AC al folio 33 de su informe provisional. Sin embargo, la propia Administración Concursal no ha estimado que tal circunstancia pueda fundar este supuesto de culpabilidad. Por otra parte, compareció en la vista el auditor de cuentas de KM y declaró que las cuentas anuales reflejaban la imagen fiel del patrimonio, no apreciándose irregularidad alguna.

5.2.3. En cuanto a la mención al Sr. Ascacibar y a AB, y la admisión por parte de la concursada de su negligente gestión, son estas apreciaciones subjetivas en relación con la participación y propias causas de culpabilidad que la Ley Concursal no exige se valoren en la solicitud de la declaración de concurso (art. 6 LC). Cuestión diferente sería que la concursada no hubiera acompañado documentación en relación con la persona y empresa dichas, lo que sí hizo, acompañándose con la solicitud todos los proyectos e informes valorados en este procedimiento, entre ellos el del Dr. Flotats en cuya portada se identifica al Sr. Ascacibar como destinatario del informe expresando que es “confidencial” y en cuya primera página indica que se ha realizado a petición del Director General de Investigación Agropesquera y Alimentaria del Departamento de Agricultura y Pesca del Gobierno Vasco.

En consecuencia, tampoco este supuesto de culpabilidad puede prosperar.

6. REALIZACIÓN DE CUALQUIER ACTO JURÍDICO ANTERIOR A LA FECHA DE DECLARACIÓN DE CONCURSO DIRIGIDO A SIMULAR UNA SITUACIÓN PATRIMONIAL FICTICIA (art. 164.2.6º LC)

Este supuesto de culpabilidad no es sostenido por la AC

6.1. ALEGACIONES

6.1.1. MF: la concursada ha aportado una justificación irregular de la inversión de los fondos públicos percibidos a fin de evitar su reintegro. Y dentro de dicho concepto se incluye la

presentación de gastos no contemplados en los proyectos subvencionados y la aportación duplicada de facturas ante las diferentes Administraciones Públicas, además de las facturas creadas específicamente para obtener nuevos fondos públicos que no se correspondían con trabajos efectivamente ejecutados. Ha disociado arteriosamente el originario proyecto único a fin de obtener nuevos fondos públicos que permitieran salvar su falta de liquidez. Tales actuaciones se llevaron a cabo de forma consciente y deliberada por KM y AB, como reconocieron sus representantes en su comparecencia ante el Parlamento Vasco, y se evidencia en los correos electrónicos que se acompañaban por AB en su escrito de contestación a la demanda reconvenicional del incidente concursal 669/12 (doc. 3 y 4), cruzados entre Felipe Mendibil y los representantes de Ade Biotec el 9 de diciembre de 2009, a través de los cuales aquél solicitaba a la mercantil la expedición de facturas artificiosas que eran precisas para aportar a las Administraciones Públicas. De esta forma la concursada consiguió un doble efecto trascendente en su esfera patrimonial: obtuvo nuevos fondos públicos al considerarse debidamente justificadas las ayudas anteriormente percibidas; eludió la obligada reintegración de los fondos públicos percibidos que, con anterioridad a la declaración de concurso tan sólo se exigió:

- Con fecha de vencimiento en periodo voluntario 20 de junio de 2011: Ministerio de Ciencia e Innovación, 2.243.243,84 €. Fecha de inicio del procedimiento de reintegro: 15 de marzo de 2011. Fecha de resolución de reintegro: 5 de mayo de 2011.

- Con fecha de vencimiento en periodo voluntario 30 de junio de 2011: GB Ikerketa 2006, 374.995 euros. Fecha de recepción del requerimiento de devolución: 8 de junio de 2011.

- Con fecha de vencimiento en periodo voluntario 30 de junio de 2011: GV, Ikerketa 2008, 500.000 euros. Fecha de recepción del requerimiento de devolución: 8 de junio de 2011.

Total: 3.118.238,84 €

En uno y otro caso se simuló una situación patrimonial ficticia y se trasladó a las Administraciones Públicas la regular ejecución del proyecto en los plazos acordados y de acuerdo con los estados de previsión presentados. Se simulaba una situación de solvencia ficticia pues la irregular ejecución del proyecto, con incumplimiento de los plazos acordados y los estados de previsión sometidos debía comportar, indefectiblemente, la inmediata devolución de los fondos públicos comprometidos (ya se tratara de subvenciones nominativas, ya de préstamos reintegrables).

De conformidad con la Ley 38/2003, General de Subvenciones, el reintegro de los fondos públicos percibidos se establece como obligación legal de los beneficiarios por el incumplimiento de las condiciones a que se hubiere supeditado la percepción de la subvención.

6.1.2. KM: los hechos no son subsumibles en el art. 164.2.6º LC.

6.2. RESOLUCIÓN

6.2.1. El Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de noviembre de 2012; 669/2012; recurso: 597/2010, FJ 3º) ha exigido para que concurra este supuesto de culpabilidad: **a)** la ejecución de actos dirigidos a crear la apariencia de una situación patrimonial ficticia; **b)** que tales actos

tengan carácter "jurídico", de tal forma que es insuficiente la creación de apariencia de situación patrimonial por "vías de hecho"; y **c)** que la ejecución de los comportamientos haya tenido lugar antes de la fecha de la declaración de concurso. Añade que a los requisitos expuestos, directamente deducibles de la exégesis de la norma, cabe añadir los siguientes: **d)** La actuación debe ser idónea para que la situación ficticia que se pretende crear sea erróneamente tenida por verdadera por los acreedores; **e)** la situación fingida ha de tener cierta relevancia y ser apta para distorsionar el comportamiento de los acreedores; y **f)** el comportamiento simulatorio no ha de estar previsto en ninguno de los supuestos enumerados en la propia norma.

6.2.2. La pretensión de culpabilidad no puede prosperar por las siguientes razones:

En primer lugar, las facturas a las que se asocia la conducta se emitían "a cuenta" y, por lo tanto, con las mismas ninguna situación ficticia podía crearse, sin perjuicio ello de que valoradas por la Administración fueran o no admitidas. Luego no es idónea la conducta para crear error en la Administración. De hecho, el Ministerio de Ciencia e Innovación rechazó la justificación de la subvención correspondiente al convenio de 2008. Y habiendo estimado el Ministerio de Educación y Ciencia justificada la subvención percibida en virtud del convenio 2007, no ha exigido el reintegro de la misma o, al menos, tal hecho no consta en el procedimiento. En relación con estas dos subvenciones ninguna simulación ha existido y así resulta de su expediente (tomo 10, folios 3550 y ss.) Y es que una cosa es que las facturas presentadas no se ajusten a los conceptos subvencionados, y otra diferente que se haya tratado de simular o aparentar determinada situación. Así:

La subvención objeto de reintegración reconocida en el concurso es la nominativa obtenida en virtud del convenio de 11 de diciembre de 2008 (tomo 10, folios 3653y siguientes). Esta subvención fue precedida de otra también de 2 millón de euros instrumentada en el convenio de 10 de octubre de 2007 (folios 3551 y siguientes). Esta subvención fue objeto de seguimiento, celebrando dos reuniones la Comisión de Seguimiento el 9 de diciembre de 2008 (folios 3646 y siguientes) y 15 de septiembre de 2007 (folios 3648 y ss.), y en esta última, a la que por parte del Ministerio asistieron la Subdirectora General y la Subdirección General de Estrategias de Colaboración, se entendió finalizada la función de la Comisión y por terminadas las reuniones. Esta subvención no ha sido objeto de reintegro.

Teniendo como precedente la subvención dicha respecto de la que ninguna irregularidad consta pues no existe resolución administrativa al respecto, se concedió la subvención de 2008 (convenio de 11 de diciembre). Luego esta subvención no se obtuvo a partir de ninguna simulación. Y al tiempo de su justificación, el Consejero Delegado de KM, D. José María Ruiz Quintano, acompañó las justificaciones de un escrito del tenor siguiente (folio 3669):

"Estimado Sr. Costas:

A continuación le presentamos la documentación para la justificar la asignación del convenio entre esta empresa y su ministerio.

Le adelanto en esta carta, la explicación a las inexactitudes que aparecerán en la debida justificación.

Como se indicará en la tabla de subvenciones, el Gobierno Vasco tanto en sus subvenciones

como en sus préstamos Ikerketa, ha congelado el desembolso de los mismos, por lo que los gastos que han ido a justificar dichas partidas, no nos queda más remedio que usarlos para justificar los conceptos del convenio con ustedes.

Es decir, salvo facturas como la de Viuda de Sainz, o el derecho de enganche de Iberdrola y alguna otra de menor valor, no coinciden exactamente con los conceptos del convenio.

Luego por lo tanto, hemos decidido incluir facturas que correspondían a otras subvenciones y que si ustedes las aceptan, las retiraremos de dichos procedimientos, ya que lo que tenemos claro es que no vamos a usar una factura para dos subvenciones distintas.

Igualmente, les indicamos una factura sin abonar, que por prudencia contable no se ha pagado, luego si se admitiera dicha factura, pagaríamos inmediatamente (factura 09B/0010 de Ade Biotec).

Como puede comprobar en la tabla de financiación, el 100% de la inversión se sustenta en ayudas públicas, por lo tanto al haber bloqueado el Gobierno Vasco el pago de sus compromisos, nos ha llevado a esta situación.

Para ahondar más en la benevolencia de la empresa Karrantzako Minda, S.L., les comento que estamos siendo auditados anualmente por una empresa ajena, habiendo sido sometidos durante el año 2010 a una auditoría por parte del Gobierno Vasco, y se parecía que no hay irregularidad alguna.

Le recuerdo que le adjunto las facturas originales, por lo que ruego comuniquen cuando podamos pasar a recogerlas.

Poniéndome a su disposición para cualquier aclaración se despide.”

No parece que pueda hablarse de simulación, que exige una intencionalidad, cuando se está informando previamente que las justificaciones que se presentan no coinciden con los conceptos del convenio e incluso se indica cuáles son las que únicamente se ajustan a los términos del convenio. Precisamente, las facturas que identificó KM se encuentran entre las admitidas por el Ministerio: Viuda de Sainz, Iberdrola y otras de importe menor (Precoim - seguridad y salud en obra – por importe de 65,14 €).

En cuanto a la subvención IKERKETA 2006, ha sido objeto de reintegración por importe de 749.999 euros (Resolución de 16 de abril de 2012 -folio 4690, tomo 14-), no por indebida concesión o indebida justificación sino al amparo del artículo 17 del Decreto 230/2004 (sobre incumplimientos), **al no haber ingresado el beneficiario en junio de 2011 el importe correspondiente a la tercera cuota**, correspondiendo la cantidad reclamada a la suma de lo pendiente por reintegrar, la tercera y cuarta cuotas, y no procede combatir en este procedimiento dicha resolución, no constando que haya sido recurrida. En efecto, en relación con esta subvención concluye el TVCP (tomo 10, folios 3769 y 3770) que ni la primera ni la segunda justificación corresponden a los gastos e inversiones presentados en la solicitud, y que ampliándose el plazo de ejecución de la obra hasta agosto de 2009 debió haberse iniciado en ese momento el proceso de reintegro y exigirse la devolución completa la subvención, pero lo cierto es que la Administración exigió el reintegro de las cuotas impagadas, no el reintegro de la totalidad ni por falta de justificación ni por falta de cumplimiento de los plazos, no procediendo combatir las resoluciones administrativas en esta jurisdicción.

En cuanto a la subvención IKERKETA 2008, por resolución de 17 de abril de 2012 (folio 4738) de la Directora de Innovación e Industrias Alimentarias, se declara la obligación de reintegrar la cantidad de 800.000 euros al **amparo del art. 17** del Decreto 230/2004, no por indebida concesión sino por **haber finalizado en enero de 2010 el plazo establecido para la actuación subvencionada sin que se hayan realizado las inversiones en los plazos previstos** en el proyecto subvencionado. El TVCP, en cuanto a la conducta de la concursada, concluye que la no realización de las inversiones en los plazos previstos da lugar a la obligación de reintegrar la totalidad del anticipo, que es lo que ha sucedido en este caso.

En cuando a las subvenciones nominativas 2008-2009 y su ampliación del Gobierno Vasco, las facturas presentadas para justificar estas subvenciones ya se han examinado con motivo de los pagos anticipados a AB, y, en todo caso, el crédito derivado del reintegro de esta subvención no ha sido reconocido en el concurso, luego el Gobierno Vasco no puede ser considerado un acreedor conducido a error.

5.2.6. En cuanto a la subvención directa de la Diputación Foral de Bizkaia, esta subvención tampoco ha sido reconocida en el concurso y su reintegro se exigió por indebida concesión o justificación sino por no realizar en plazo las inversiones (folio 3868).

Todo lo anteriormente expuesto conduce a declarar el concurso como FORTUITO.

7. COSTAS

Desestimada la demanda y no apreciándose dudas de hecho ni de derecho, de conformidad con lo previsto en el artículo 196.2 LC en relación con el artículo 394 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), procede imponer las costas a la AC.

No procede imponer las costas al MF de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.4 LEC.

FALLO

DESESTIMAR la demanda de calificación culpable formulada por la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal, y así:

DECLARAR COMO FORTUITO EL CONCURSO DE KARRANTZAKO MINDA, S.L., absolviendo a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas, con imposición de costas a la Administración Concursal.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (artículo 455 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día

siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander con el número 2755 0000 54 0679 15, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” código 02-Apelación. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

No están obligados a constituir el depósito para recurrir los declarados exentos en la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la Sr/a. MAGISTRADO que la dictó, estando la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia doy fe, en BILBAO (BIZKAIA), a 28 de marzo de 2017.