

**Tribunal Superior de Justicia del País Vasco**  
**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Procedimiento Ordinario 433/2018 - Sección 1ª**

**A LA SALA**

**DOÑA MARÍA TERESA BAJO AUZ**, Procuradora de los Tribunales y de la recurrente **HABIDITE TECHNOLOGIES PAÍS VASCO S.A.**, según consta ya debidamente acreditado en las actuaciones judiciales de la referencia, ante la Sala comparezco y como mejor proceda en derecho, **DIGO:**

Que por medio de este escrito y conforme al trámite que se nos ha conferido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52.1 de la LJCA, vengo en tiempo y forma a deducir **DEMANDA DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO** en nombre y representación de mi expresada poderdante, frente a la administración recurrida y demandada, la **DIPUTACIÓN FORAL DE VIZCAYA**, en materia de **Incumplimiento de Convenios e Indemnización de Daños y Perjuicios**, más intereses y costas; todo ello sobre la base de los siguientes *Hechos y Fundamentos de Derecho*.

**HECHOS**

**PREVIO. Antecedentes.**

El presente proceso judicial trae causa de la Sentencia de 19 de septiembre de 2014 dictada por la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ a la que nos dirigimos, en el recurso número 894/2012, interpuesto en su día por HABIDITE TECHNOLOGIES PAÍS VASCO S.A. (HABIDITE) contra una primera resolución desestimatoria de la reclamación presentada por la interesada el 17 de septiembre de 2.009, sobre *Cumplimiento de Convenios e Indemnización*, la cual había sido desestimada de plano, sin ninguna tramitación, mediante el Acuerdo Foral de 17 de julio de 2012 de la Diputación Foral de Vizcaya, por lo que la aludida sentencia anuló aquella resolución, ordenando la retroacción del expediente.

Como consta en el propio Expediente Administrativo que ahora ha sido remitido, dicha resolución judicial fue luego confirmada en lo sustancial por la Sentencia nº 923/2017 de 25 de mayo de 2017 de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, dictada en el Recurso de Casación nº 3652/2014 interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya y la empresa pública foral Azpiegiturak S.A.U.

Esta sentencia vino a confirmar -salvo en el extremo relativo a las costas- la sentencia anterior del TSJ, en los términos que se recogen en la propia resolución, a la que nos remitimos. Así pues, dichas resoluciones judiciales declararon disconforme a derecho y anularon el primer acuerdo desestimatorio de la reclamación de HABIDITE, “por razones de forma y procedimiento”, imponiendo a la Administración la obligación de conferir a la solicitante la necesaria audiencia “para su alegación y prueba” (Fundamento de Derecho Cuarto de la STSJ del País Vasco y Fundamento de Derecho Tercero de la STS). Ello ha venido a suponer la **retroacción de las actuaciones administrativas** incoadas en su día sobre la reclamación de HABIDITE, a fin de dar cumplimiento a lo así acordado por la Autoridad Judicial.

Tras la reanudación de la vía administrativa, con los trámites y diligencias que constan en el expediente que ha sido remitido, la Diputación Foral de Vizcaya vuelve a desestimar todas las pretensiones de la reclamante, mediante el Acuerdo Foral de 13 de marzo de 2018 que obra al Folio 2.177 y siguientes del Expediente Administrativo.

Sostendrá esta parte actora en la presente demanda que, en realidad, ni dicho acuerdo, ni el propio expediente administrativo así reanudado, cumplen con el procedimiento, ni con la legalidad, ni con los pronunciamientos y mandatos contenidos en las dos sentencias judiciales precedentes. Por lo tanto, el acuerdo foral recurrido tampoco es ajustado a derecho y deberá decretarse su **nulidad**.

En cuanto se refiere a la pretensión indemnizatoria que con esta misma demanda se articulará, la misma encuentra en esencia su fundamento en el **incumplimiento por parte de la Administración demandada de los Convenios controvertidos**, los cuales, a tenor de las resoluciones judiciales ya recaídas en el asunto y a las que antes nos hemos remitido, deben conceptuarse, en palabras del propio Tribunal Supremo, como un “Cuerpo Convencional Único”. A tenor de esas mismas resoluciones judiciales, su **régimen jurídico** viene constituido por los **principios y preceptos generales de la normativa de contratos del denominado “ordenamiento común”**, que en esencia es el que se invocará como fundamento de la pretensión.

Los Hechos constitutivos de dicha reclamación indemnizatoria de la actora, basada en la previa **declaración del incumplimiento de la Administración demandada** que igualmente se pedirá con esta demanda, son en esencia los mismos que ya en su día fundamentaron la primera demanda de HABIDITE, cuya estimación parcial es la que ha dado lugar a la retroacción de las actuaciones administrativas, pero sin haber podido entrar la Sala en aquel proceso en las pretensiones de fondo de la recurrente, por las razones que en su propia sentencia se explicitaban, a las cuales nos remitimos.

Por ello se hace necesario ahora el reproducir aquí sustancialmente los mismos hechos de aquella primera demanda judicial (Recurso número 894/2012), a los que se añadirán todos los acaecidos o de los que ha tenido noticia esta parte con posterioridad a tal proceso, al cual, a todos los efectos probatorios oportunos y como antecedente sustancial del que ahora nos ocupa, hemos de remitirnos en lo menester, con la más amplia y expresa remisión y **designación de archivos**; archivos que no son otros que los del propio órgano jurisdiccional ante el que ahora pende nuevamente el asunto, a través del actual proceso en curso.

También en lo relativo a los *Hechos*, se rechazarán en el presente escrito de demanda todos los *Antecedentes* recogidos en el propio Acuerdo Foral ahora impugnado que se aparten del contenido y de la literalidad estricta de las dos resoluciones judiciales ya precedentes, así como del siguiente **relato fáctico de la demanda**:

**PRIMERO. Sobre los tres Convenios firmados con fecha 15 de diciembre de 2006, relativos al denominado “Proyecto Habidite”, en Alonsótegui (Vizcaya).**

**1.1.** Con fecha de 15 de diciembre de 2.006 y con el expreso objetivo de (i) “*apoyar y promocionar la implantación de proyectos empresariales innovadores en los que el componente de investigación y desarrollo tenga especial importancia*”, y que supusieran, asimismo, “*la creación de empleo y la formación laboral*”, así como para (ii) “*conseguir que los ciudadanos del Territorio Histórico de Vizcaya puedan acceder a viviendas de calidad a precios tasados*”, se firmaron los siguientes **tres Convenios** (en adelante “***los Convenios***”):

1. Primer Convenio suscrito entre Bizkailur, S.A. y Habidite Technologies País Vasco, S.A. en relación con la implantación de una factoría Habidite en Alonsotegui (el denominado “**Primer Convenio**” o “**Convenio sobre suelos**”) a cuyo objeto nos referimos en detalle más adelante.
2. Segundo Convenio suscrito entre Bizkailur, S.A. y Habidite Technologies País Vasco, S.A. Grupo Empresarial Afer, S.L. en relación con la implantación de una factoría Habidite en Alonsotegui (el llamado “**Segundo Convenio**” o “**Convenio sobre viviendas**”) por el cual la sociedad foral señalada en primer lugar se comprometía a contratar con el “*grupo Habidite*”, **antes del 30 de junio de 2.010**, la totalidad del proceso de promoción de un número mínimo de mil quinientas viviendas que debían edificarse con el denominado “*Sistema Habidite*”.

3. Convenio suscrito entre la Diputación Foral de Bizkaia –Bizkaiko Foru Aldundia– y Habidite Technologies País Vasco, S.A. en relación con la implantación de una factoría Habidite en Alonsotegui (el llamado “**Tercer Convenio**”) cuyo objeto se circunscribía al ámbito de la creación de empleo, la formación de los trabajadores y la subvención de los aspectos de formación, capacitación y reciclaje del personal contratado, así como de la investigación y desarrollo e innovación inherentes al propio proyecto.

**1.2.** Todos los referidos Convenios fueron firmados por la parte de “HABIDITE”, por la sociedad denominada HABIDITE TECHNOLOGIES PAÍS VASCO S.A., representada entonces por DON JOSÉ JAVIER FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ (en el caso del llamado “*Segundo Convenio*”, representando éste también a GRUPO EMPRESARIAL AFER S.L.); y, por parte de la administración foral, por el entonces Diputado General de Vizcaya, DON JOSÉ LUIS BILBAO EGUREN, que compareció a la firma de los tres Convenios en su calidad de tal cargo público; si bien, por lo que se refiere a los denominados “*Primer Convenio*” y “*Segundo Convenio*”, el señor Bilbao actuaba además en nombre y representación de la sociedad pública de gestión de suelo denominada BIZKAILUR S.A., de cuyo capital social era propietaria en su totalidad la propia Diputación Foral, como accionista única.

Dicha sociedad foral sería posteriormente sustituida por la sociedad AZPIEGITURAK, S.A., en virtud de un proceso de fusión que consta en el Registro Mercantil, al que nos remitimos en lo menester, dado que este extremo es incontrovertido.

**1.3.** En lo que se refiere al aludido “**Primer Convenio**” o “**Convenio sobre suelos**” y en orden a la mejor consecución de objetivos incardinados en las políticas desarrolladas por la Diputación Foral de Vizcaya (bien fuera directamente, o bien, en este caso, por medio de su sociedad pública BIZKAILUR, según así se dice expresamente en el propio acuerdo, Expositivo QUINTO), las partes firmantes asumieron los siguientes compromisos concretos:

- a) HABIDITE se comprometía esencialmente a la **implantación de una “factoría Habidite”** y a la realización de los proyectos e inversiones precisas para la construcción y equipamiento de las naves y de las demás edificaciones e infraestructuras complementarias.

Como es obvio, para ello **primero los terrenos tenían que estar disponibles y aptos para poder acometer en ellos este tipo de instalación industrial.**

- b) La sociedad BIZKAILUR, como empresa pública de gestión de suelo de la Diputación Foral de Vizcaya (y, por ende, la propia Diputación), se comprometía sustancialmente a la **adquisición de los suelos** en los que se implantaría y desarrollaría el Área Industrial Montealegre, en los términos y condiciones precisas que explicita el propio Convenio, al que nos remitimos.
- c) Asimismo, la aludida empresa pública foral de gestión de suelo (y por definición, la propia Administración de la que depende y a cuyo través realiza sus políticas públicas) también se comprometía y obligaba a instar, impulsar y, en su caso, gestionar, la aprobación de los **instrumentos urbanísticos** y de gestión pertinentes a fin de posibilitar que dichos suelos, **dentro de los veinticuatro meses siguientes a la firma del convenio**, adquiriesen la concreta caracterización urbanística que en el propio acuerdo también se especificaba de forma concreta. Dentro de ello y de manera muy clara y específica, se establecía como condición indispensable la de que:

*“... El terreno habrá de tener una tensión que le haga apto para ser destinado a la instalación de naves industriales con actividad productiva pesada, sin que para ello sea necesaria una cimentación especial. La ejecución del relleno deberá estar compactado y controlado de tal forma que los asentamientos que se puedan producir en un futuro no estén fuera de los márgenes permitidos a tales efectos por el Código Técnico de la Edificación. ...”*

- d) El repetido Convenio sobre suelos establecía también que (el remarcado es nuestro):

*“... En cuanto legal y urbanísticamente sea posible, "BIZKAILUR, S.A.", o la sociedad pública o entidad de la que se valga a los efectos de este convenio, y siempre **dentro del plazo de doce meses** a contar desde la firma del presente, **transmitirá a "Habidite Technologies País Vasco S.A."** (bien directamente, bien por medio de su proyectada filial "Habidite Technologies Alonsotegi, S.A."), **por título de compraventa, el pleno dominio de dichos terrenos, libres de cualquier carga, gasto o contribución, con la categorización urbanística y físico-geológica dicha, junto con cuanto a los mismos resulte inherente o propio, y especialmente con los aprovechamientos y usos que les corresponden, y con el carácter de netos, y por tanto sin que pese sobre los mismos obligación de cesión o pago alguno por cualquier concepto o razón. ...”***

- e) También se preveía en este último aspecto el que, al tiempo de la transmisión de las parcelas, éstas deberían contar con todas las **instalaciones, dotaciones y servicios necesarios**.

Igualmente asumía la institución pública el compromiso de propiciar la tramitación y aprobación de los instrumentos necesarios, para que por parte de HABIDITE se pudieran desarrollar todas sus actividades y trabajos; y para, en definitiva, poder alcanzar el **buen fin** del proyecto.

- f) El **precio** de la transmisión y las demás condiciones del proyecto y del convenio mismo también se especificaban detalladamente en el texto de este último, al que nos remitimos.

**Resulta preciso resaltar ya en este punto que ninguno de estos tres Convenios, ni sus contenidos, le fueron notificados a la Comisión Europea antes de su firma. Tampoco ello se hizo por la Administración antes de iniciarse la EJECUCIÓN de los mismos por parte de la Diputación Foral de Bizkaia, la cual sin embargo sí que llevó a cabo tanto la compra de suelos, como otros actos de ejecución y puesta en marcha del proyecto, según consta ya de una manera incontrovertible en el propio Expediente Administrativo y en las diversas resoluciones a las que aludiremos a lo largo de esta demanda, tanto procedentes de autoridades y tribunales europeos, como las dictadas en el ámbito de la propia jurisdicción española a lo largo de estos años, lo que incluye al propio Tribunal Supremo de España.**

#### **SEGUNDO. Sobre HABIDITE TECHNOLOGIES PAÍS VASCO S.A.**

La sociedad denominada HABIDITE TECHNOLOGIES PAÍS VASCO S.A. (en adelante HABIDITE TPV), la firmante de los tres Convenios aludidos en el ordinal anterior, es una empresa de corte tecnológico e industrial, muy marcadamente incardinada en el ámbito de la investigación, el desarrollo y la innovación (I+D+i). Esta sociedad fue la que **firmó los tres convenios aludidos** en el *Hecho* precedente, lo que hizo la misma como empresa referente y como cabecera a estos efectos de todo un grupo de sociedades sobre las que se aglutinaba el sistema de construcción modular “HABIDITE” (el denominado “*Sistema Habidite*”).

Dicho sistema, muy **exclusivo e innovador** por aquellas fechas, permite la fabricación industrial en una factoría de los distintos elementos o módulos que conforman un bloque de viviendas, para su posterior montaje *in situ* en un tiempo muy reducido y mediante un sistema estandarizado que asegura la calidad óptima y el mejor resultado del producto final (calidad, reducción del impacto ambiental, prevención de riesgos laborales, entre otras ventajas); y todo ello dentro del plazo de ejecución previsto o convenido en cada caso, dada la estandarización propia de todo este proceso industrial.

El ingente **esfuerzo de investigación y desarrollo** de un sistema así, asumido y liderado plenamente por la citada empresa –con el apoyo, colaboración y sinergia de numerosas empresas filiales, proveedores, colaboradores y cualificados profesionales técnicos de distintas disciplinas, cuyos archivos designamos– se encuentra garantizado por las **patentes y derechos de propiedad industrial e intelectual** que avalan la idoneidad y viabilidad del sistema, cuyo “*know how*” le pertenece en exclusiva a la reclamante.

**La acreditación de la titularidad del sistema y de las patentes consta en el expediente (Folios 512 a 517 del Expediente Administrativo y Documento nº 5 del “DISCO CD I” de la Demanda), si bien conviene aclarar en este punto que su concreta aplicación e implementación al “Proyecto Habidite-Alonsotegui” exigía la realización de nuevas e importantes inversiones que HABIDITE tenía que asumir y que asumió con arreglo a las obligaciones que le correspondían, derivadas de los propios Convenios en ejecución.**

No obstante ello, sí hay que remarcar aquí que el repetido sistema industrial de fabricación de viviendas ya era a la fecha de la firma de los tres Convenios una realidad contrastada y palpable; y por ello precisamente fue por lo que se suscribieron los mismos, dado que además ninguna otra empresa podía por entonces ofrecer algo así en el mercado español. En efecto, en aquel momento (año 2.006), **la empresa HABIDITE era la única en España que disponía del sistema y de la tecnología adecuada para la construcción modular de viviendas en altura**, ámbito éste en el que puede afirmarse que no tenía ningún competidor real en el mercado entonces existente.

Se designan los archivos de la propia sociedad y los del resto de empresas de su grupo; los de la OFICINA ESPAÑOLA DE PATENTES Y MARCAS (OEPAM) y sus homólogas internacionales; así como los de la Administración demandada y todas sus empresas públicas. También los de la consultora CAP GEMINI, a los efectos de poder corroborar en su caso todos los extremos precedentes.

### **TERCERO. Área industrial Montealegre (Alonsótegui). Plan de Viabilidad.**

Fue a instancias de la propia Diputación Foral de Vizcaya como, en noviembre de 2006, la empresa especializada SAITEC INGENIEROS (cuyos archivos designamos) acometió el llamado **“Estudio de viabilidad de un área industrial en Montealegre en el T.M. Alonsotegui” (Documento nº 6 del “CD I”; Folio 518 del Expediente)**, que estaba dirigido a analizar la **viabilidad técnico-económica** de la implantación de un área de uso industrial sobre la vaguada de Montealegre, en el término municipal de Alonsótegui.

Según dicho estudio:

*La citada vaguada está siendo utilizada en la actualidad para el depósito de tierras sobrantes del corredor de Cadagua en los tramos Variante de Alonsotegi y Arbuio - Sodupe, con un volumen a ejecutar de aproximadamente un millón y medio de metros cúbicos.*

*Las necesidades del área industrial exigen disponer de una parcela bruta de al menos 50.000 m<sup>2</sup> a una única cota. La parcela está condicionada por la fuerte orografía del terreno y la obligación de hacer un movimiento de tierras importante, para lo cual puede aprovecharse el propio vertido de sobrantes de la autopista como relleno, de forma que se dispongan una serie de plataformas a diferentes cotas.*

Según el propio estudio de viabilidad de SAITEC, la situación de la parcela puede considerarse como **estratégica**.

Así pues, de acuerdo con todo lo anterior, la Diputación Foral de Vizcaya conocía perfectamente desde el primer momento el emplazamiento, todas **sus características geológicas** y, obviamente, el uso que ella misma ya le venía dando a esos terrenos, con el **vertido de rellenos procedentes de la obra pública de la autopista de Cadagua**.

Incluso a tenor del citado estudio de viabilidad de SAITEC, también conocía la Diputación Foral los costes aproximados de la adecuación de los terrenos y de la ejecución que en el mismo ya se apuntaban, con todo lo cual el proyecto se consideró expresamente como **VIABLE**.

Nos remitimos a este informe de viabilidad y a cualquier otro documento técnico, tanto de esta ingeniería, como de otras empresas o facultativos que hayan podido intervenir en el proyecto, figuren o no sus informes o dictámenes en el propio expediente administrativo.

#### **CUARTO. Apoyo público de la Diputación Foral de Vizcaya a la fábrica o factoría HABIDITE.**

Además de la firma de los tres Convenios aludidos en el *Hecho Primero* y que reflejan el auspicio e inicial apoyo de la Diputación de Vizcaya a la implantación de la fábrica de HABIDITE en Alonsótegui, dan cumplida cuenta también de este extremo los numerosos **titulares de prensa** y la difusión en todos los medios que el proyecto mereció por su **interés público general**. A este respecto, consta como nuestro **Documento nº 10 del "CD I"** aportado (**Folios 544 a 556 del Expediente**) un *Dossier de Prensa* ilustrativo de estos extremos.

Adjetivos como *innovador* y *revolucionario* se prodigaban entonces en todos los medios, en alusión a este proyecto y ello muchas veces en boca del propio Diputado General, en todas las ocasiones en las que tuvo oportunidad de presentar públicamente dicho proyecto, lo que él mismo y su Gobierno *se anotaban* además como uno de los grandes programas públicos para el desarrollo del empleo, el acceso a la vivienda, la promoción del I+D+i y cuantas demás virtudes sin duda eran predicables de esta innovadora iniciativa.

Además, fue el propio Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Vizcaya el que, con posterioridad a la firma de los Convenios, **ratificó** expresamente los mismos, en su **Sesión de 23 de enero de 2007**, como así se encargó de difundir el propio Gabinete del Diputado General (**Documentos nº 10.10 y 11 del “CD I”; Folios 556 y 557 del Expediente**). **Hay que remarcar en este punto que ni dicho acto público de ratificación de los Convenios, ni ningún otro acto o disposición de la Diputación Foral de los dictados para el desarrollo, aplicación o ejecución de los mismos, jamás ha sido discutido, impugnado, revisado o anulado, ni en la vía administrativa, ni en la vía judicial, por lo que todos esos actos y resoluciones son firmes y ejecutivos, habiendo desplegado plenamente sus efectos durante todos estos años.**

Todos estos actos administrativos y los hechos que se relatan en este ordinal, son de por sí muy notorios; no obstante lo cual, nos remitimos tanto a los archivos de los diarios y demás medios que se ocuparon en su día de este asunto, como a las actas y resoluciones de la propia Diputación Foral de Vizcaya y su oficina de comunicación, a través de la cual se le dio promoción al proyecto, al acto de la firma de los convenios e incluso a la puesta en marcha y **ejecución** de los mismos, pese a que después esto último se haya pretendido negar. No obstante, veremos seguidamente que dicha **ejecución (parcial e incompleta) de los Convenios por parte de la propia Administración demandada** es ya también **un hecho incontrovertible**, a la luz de numerosas pruebas que obran en el expediente y de las distintas resoluciones que han ido recayendo en torno a este caso.

#### **QUINTO. Inicio de la ejecución de los Convenios: Compra de terrenos, anuncio de expropiaciones y actuaciones urbanísticas.**

**5.1.** Pese a los tempranos **retrasos** que la propia Diputación Foral de Vizcaya ya le atribuyó en su día a “*problemas de urbanización*” o relacionados con “*la habilitación de los terrenos necesarios*”, hoy es, como hemos dicho, un hecho absolutamente **incontrovertible** el que se refiere a que **los Convenios comenzaron a desplegar sus efectos y a cumplirse por parte de la Administración demandada y por sus empresas públicas.**

La evidencia de este hecho indiscutible resulta de las propias declaraciones vertidas en prensa y otros medios por las distintas autoridades forales, como incluso también lo hicieron ante las propias Juntas Generales. Así, por ejemplo, en la Sesión de 14 de febrero de 2008 la responsable de Innovación y Promoción Económica del Gobierno Foral, DOÑA IZASKUN ARTETXE, reiteró de manera expresa el apoyo directo de la Diputación vizcaína al proyecto y explicó como **a través de la sociedad foral BIZKAILUR ya se habían adquirido parte de los terrenos donde se asentaría la fábrica**, advirtiendo no obstante que se tendría que recurrir a la **expropiación** de algunas parcelas porque los propietarios no habían procedido voluntariamente a su venta. Insistimos: todo esto ya en el año 2008.

También aludía la misma representante foral mencionada a que, pese a los **retrasos** sufridos, se estaba a la espera del "Plan Parcial" que afectaba a estos terrenos, con el que se contaba para el siguiente mes de abril, habiéndose presentado ya en el Ayuntamiento de Alonsótegui el Convenio a suscribir por BIZKAILUR con dicha corporación para el desarrollo urbanístico del sector afectado de Montealegre.

**Ninguno de esos retrasos se le atribuyó, ni se le ha atribuido nunca a HABIDITE, por lo que al mismo tiempo que los Convenios firmados y existentes empezaban a desplegar todos estos efectos, se asiste ya entonces a los primeros incumplimientos de la Diputación Foral, que es la única responsable de esos tempranos retrasos, igualmente incontrovertibles.**

Todos estos hechos resultan evidentes y se deducen también del Dossier de Prensa (Folio 558) que consta en el expediente y al que nos remitimos; remitiéndonos igualmente al diario de sesiones de las Juntas Generales y a las actas correspondientes, así como a los archivos del propio Gobierno Foral de Vizcaya, en cuanto acreditan los **numerosos actos administrativos, acuerdos y resoluciones de ejecución de los Convenios que jamás han sido revocados** y que impiden el que hoy se pueda negar su existencia.

**5.2.** Por otro lado, la **realidad de la compra de los terrenos, como acto de ejecución y de despliegue de efectos de los Convenios firmados**, consta también públicamente en las cuentas de la Diputación y de su sociedad gestora de suelo, así como en los documentos aportados por la propia Diputación Foral de Vizcaya (**Folios 813 a 827 del Expediente; Documento nº 24 y 25 del "CD I";**) en respuesta a las solicitudes de información más tarde efectuadas por la COMISIÓN EUROPEA en el seno del Expediente N-226/2009, al que luego aludiremos.

Del mismo modo cabrá referirse aquí a todos los documentos dimanantes de dicho expediente de “*Ayudas de Estado*”, que revelan los datos económicos y las estimaciones para la adaptación de los terrenos y otros extremos que hoy tienen gran trascendencia en este caso, según se verá.

**5.3.** Asimismo, cabe aludir aquí, por su notable interés en el mismo sentido, al denominado “**Plan Parcial del Sector de Actividades Económicas Montealegre en Alonsótegui**”, de abril de 2008, (Documento nº 13 del “CD I”; Folio 562 del Expediente) cuya propia existencia es ya una evidencia clara del hecho de que, en efecto, por parte de la Administración sí que se empezaron a cumplir los Convenios, para llevar a cabo el Proyecto “*Habidite-Alonsótegui*”.

Este documento técnico al que aludimos vuelve a recoger los objetivos y la finalidad del desarrollo del Sector en el que se preveía la implantación de la factoría HABIDITE, según los Convenios firmados, apuntando a la necesidad de atender la demanda de suelo industrial, la situación estratégica de la zona, e incluso a otras cuestiones relacionadas con el empleo (páginas 4 y 5 de la Memoria). Aludía también a la **necesidad de transformación de la vaguada mediante obras de relleno, que permitieran la creación de plataformas sobre las que asentar las futuras dotaciones y edificaciones previstas**. Se menciona ello en las páginas 4, 8 y 15 de la Memoria, entre otras; e incluso se valora económicamente esa actuación en las páginas 27, 72 y 73, donde se incluye la **necesidad de compactación de los rellenos, como ineludible forma de consolidar los terrenos de cara a la ejecución del proyecto**.

Todo ello abunda en que el repetido proyecto seguía su ejecución y su curso previsto, con arreglo a los propios términos y pactos convencionales, según así se deduce de las propias palabras y actos de los responsables forales y por la evidencia que se deriva también de todos los anteriores hechos ya relatados. También se evidencia con todo lo expuesto que **la Administración foral era cabal concedora de cuál era la forma en la que el proyecto se tenía que ejecutar desde un punto de vista constructivo y geotécnico**, pese a que más tarde haya querido ignorarlo, **enterrando** literalmente el proyecto sobre montañas de escombros y de **vertidos incontrolados**, como después se verá.

**SEXTO. Frustración del buen fin de los Convenios y del Proyecto, por los actos de la Administración. Conducta incumplidora, negligente o eventualmente dolosa, de los responsables de la Administración Foral. INCUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS.**

**6.1. En efecto, pese al inicio de la ejecución expuesto en el ordinal anterior, a partir de un determinado momento comienza a evidenciarse la falta de intención de los responsables de la Diputación Foral de Vizcaya de terminar de ejecutar los Convenios y de que se llevara a cabo el propio Proyecto.**

A estas alturas y a la vista de multitud de hechos y actos concluyentes que se han podido ir conociendo a lo largo de todos estos largos años, lo que puede concluirse sin asomo de dudas es que en realidad **la Diputación Foral de Vizcaya desistió de algún modo de este proyecto y lo abandonó unilateralmente, por razones que nunca se han explicado, dado que no existe, que sepamos, ninguna resolución administrativa, acto o decisión que justifique o motive dicho abandono.**

Este modo de proceder es notoriamente anómalo e irregular y, en definitiva, sólo puede calificarse como de antijurídico y de un clamoroso **INCUMPLIMIENTO de lo pactado**. Como se verá, tampoco hubo durante todo este tiempo ninguna resolución expresa de tal aparente *desistimiento* o abandono *de facto* del proyecto iniciado; ni tampoco se siguió ningún procedimiento de anulación o revisión de los actos acordados y que estaban desplegando sus efectos conforme a los Convenios. La actitud es pues, por un lado, la de una mera “pasividad administrativa”, en cuanto se refiere al avance del proyecto y al cumplimiento de las obligaciones convencionales de la Administración; y, por otro lado, la de seguir activamente propiciando lo que ya hemos llamado gráficamente como el “enterramiento del proyecto”, al consentir (o, eventualmente, hasta ordenar) el que en la vaguada se siguieran haciendo vertidos incontrolados que a lo que llevaban era a la imposibilidad del cumplimiento, con las consecuencias que legalmente son a ello inherentes (*ex art. 1.124 Cc*, como oportunamente se fundamentará en derecho).

**6.2. Llamativamente, tampoco hay resoluciones, actos o acuerdos habilitantes (o no se nos han acreditado en el Expediente), en lo que se refiere a la concreta actuación de la Administración en lo atinente al modo en que se ejecutaron las obras públicas, tanto las de la autopista de Cadagua, como las de Alonsótegui, en el concreto extremo que se refiere a la extracción y destino de los materiales de desecho procedentes de la primera obra pública mencionada y a su programado –y no cumplido– aprovechamiento para el relleno y consolidación de los terrenos donde tenía que haberse ejecutado la “*factoría Habidite*”. Lo que sostendremos aquí es que sencillamente fueron, en realidad, unos vertidos ilegales e incontrolados, efectuados de manera consciente e incluso eventualmente DOLOSA, para **IMPOSIBILITAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS**, lo que de por sí también viene a comportar un comportamiento antijurídico de la Administración, determinante de responsabilidad en diferentes ámbitos.**

6.3. Como hemos visto, ya desde el año 2006, cuando los Convenios se firman, e incluso antes de ello, cuando SAITEC presentó su estudio de viabilidad, era más que conocido y sabido que los terrenos debían acondicionarse y compactarse; ello amén de tener que adquirirse en su totalidad dichos suelos por parte de la Administración, o en su defecto, expropiarse con carácter definitivo, previamente a su acondicionamiento.

Pues bien, a mayor abundamiento sobre el incumplimiento y dejación de la Administración, vemos que ya en el mes de **junio de 2008** (esto es, apenas un mes después de que SAITEC emitiera un Informe Geotécnico donde se aludía al vertido de los materiales procedentes de la autopista de Cadagua y a la necesaria actuación sobre los mismos), un grupo de **propietarios de la zona de Alonsótegui**, algunos de los cuales están incluidos en la relación de propietarios de parcelas afectadas por el ámbito de actuación del *Plan Parcial de Montealegre*, presentaron contra la Diputación Foral de Vizcaya una **demanda civil** que dio lugar a los autos del **Juicio Ordinario nº 684/2008**, seguidos ante el **Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Baracaldo**, cuyos archivos designamos. La razón y el fundamento de esta demanda civil era la injustificada permanencia de la Administración demandada en la ocupación de hecho de sus parcelas, en Alonsótegui, precisamente mediante el **depósito de los materiales y los vertidos procedentes de la construcción de la Autopista del Cadagua**. Dichas obras públicas habían concluido ya por entonces y, sin embargo, continuaba la ocupación indebida de todas esas superficies (derivada, en origen, de un “*Expediente de Expropiación Temporal*” dimanante de la *Orden Foral nº 117/2005*, para la ejecución de la autopista).

En dicho procedimiento el Juzgado de instancia terminó estimando la pretensión de los actores, **condenando a la demandada a cesar en la ocupación de los terrenos y a reintegrar su posesión a los demandantes**; todo ello según la **Sentencia de 1 de septiembre de 2010** recaída en tal procedimiento civil (**Documento nº 15 del “CD I”; Folio 724 del Expediente**). La conclusión que podemos extraer de ello, corroborada por todos los hechos y evidencias posteriores, es que **en el año 2008 la Diputación Foral de Vizcaya ya no estaba siguiendo los criterios y recomendaciones de los propios técnicos por ella designados (SAITEC) en cuanto al destino y uso que debía darse a los materiales procedentes de las obras de la autopista**, a lo cual se referían particularmente unos *Informes Geotécnicos* que fueron incumplidos e ignorados.

**Nada de esto se menciona en el Expediente Administrativo seguido, en el que se pasan por alto todas estas cuestiones, para eludir así el tener que referirse al incumplimiento de los Convenios por parte de la Administración en estos aspectos tan trascendentales como son todos los relativos a los terrenos y suelos acordados para destinarlos a la fábrica.**

De por sí, este comportamiento, constatado además por una sentencia judicial firme, sólo puede calificarse también como de antijurídico, sobre todo cuando además es perpetrado por la más pura y simple vía de hecho, sin ningún soporte legal. **Su propósito último vuelve a ser el de INCUMPLIR LOS CONVENIOS.**

**6.4.** En efecto, según todo lo expuesto y acreditado, la realidad ya a estas alturas contrastada es que los vertidos de materiales de desecho se fueron produciendo en la zona sin ningún tipo de control ni supervisión, sin compactarlos, ni tratarlos en la forma indicada por los técnicos, para que pudieran servir de sustrato para la cimentación y urbanización del área industrial proyectada y planificada.

Ello también supone de por sí el incumplimiento de las normas más básicas del CÓDIGO TÉCNICO DE LA EDIFICACIÓN (CTE), al que expresamente se remitían los Convenios, lo que añade aquí otro elemento objetivo de *antijuridicidad* de la conducta administrativa desplegada y, a la sazón, de incumplimiento de lo pactado expresamente en los propios Convenios (se invocará oportunamente al efecto el art. 1.258 Cc, en cuanto a la obligación de los contratantes al cumplimiento de lo pactado y a todas las consecuencias conformes “*a la ley, al uso y a la buena fe*”, desde que los contratos se perfeccionan, como aquí era el caso, tras la firma de los tres Convenios).

**6.5.** Todo esto ha terminado imposibilitando materialmente y por la vía de hecho la ejecución del Proyecto, y ello además sin ninguna norma, acuerdo, disposición o acto habilitante que justifique una situación que, por otro lado, perjudica seriamente a la demandante y desbarata sus legítimas expectativas contractuales.

Podríamos razonablemente concluir que las autoridades forales actuaron en esto de una forma cuanto menos negligente, al permitir que los residuos y restos de materiales de una obra pública, en vez de facilitar la ejecución de otra (según lo que estaba programado), muy al contrario, paralizaran, complicaran y finalmente impidieran el que esa segunda obra pudiera ser llevada a cabo. Como se fundamentará jurídicamente, la NEGLIGENCIA o la “falta de diligencia” es ya de por sí, también, una fuente de RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL a cargo de la demandada (arts. 1.101, 1.103 y 1.104 del Código civil).

De ser así, esa negligencia sería muy grave, pero mucha más gravedad entrañaría hipotéticamente el caso si ese comportamiento se hubiera llevado a cabo de propósito, pues en ese supuesto nos adentraríamos de lleno en el terreno del DOLO y de la mala fe, sin perjuicio de otras eventuales responsabilidades fuera del ámbito de este procedimiento que nos ocupa. **En cualquier caso, en el ámbito de lo estrictamente contractual, también el dolo genera RESPONSABILIDAD (arts. 1.101, y 1.102 Cc).**

6.6. Sobre la base de todo lo expuesto, es obvio a que a la actuación de por sí irregular y cuanto menos “*poco diligente*” (a tenor de las Sentencias ya recaídas) de la Administración, de **no haber comunicado oportunamente estos Convenios a la Comisión Europea** –con todas las graves consecuencias que luego se verán– se van añadiendo todas estas otras conductas irregulares e incluso hasta posiblemente perpetradas con mala fe desde la Administración, que van jalonando el desarrollo de este importante proyecto y que en su conjunto, terminan por suponer la completa **frustración e imposibilidad** del mismo. La consecuencia directa son unos **graves daños y perjuicios** para la otra parte contratante y firmante de los Convenios, lo que constituye en esencia el fundamento de la pretensión indemnizatoria que se articula por medio de la presente demanda (**art. 1.124 Cc**).

**SÉPTIMO. Cumplimiento fiel por parte de HABIDITE de todos los compromisos adquiridos en los Convenios, conforme a las reglas de la buena fe. Inversiones realizadas.**

7.1. En claro contraste con la actitud de las autoridades responsables de la Diputación Foral de Vizcaya, de una forma coetánea y hasta inducida por los propios actos, manifestaciones externas y declaraciones de aquélla (“*Confianza Legítima*”), **por parte de HABIDITE sí que se continuó plenamente con el proyecto**, asumiendo una **importantísima inversión** y llevando a cabo actuaciones tan concluyentes como es la **presentación del primer prototipo de vivienda modular**, prefabricada enteramente con el denominado “*sistema Habidite*”<sup>1</sup>. De este hecho se hicieron eco en su día (junio de 2008) numerosos medios vascos y nacionales (*Dossier de Prensa*; **Documento nº 16 del “CD I”; Folio 738 del Expediente**).

Para llevarlo a efecto, HABIDITE tuvo que completar el proceso de producción y asumir toda la **necesaria inversión en I+D+i** que asciende, cuanto menos, a la suma de **8.109.902 euros**, según el **INFORME PERICIAL** denominado como “*Habidite Technologies País Vasco, S.A*” de **10 de julio de 2013**, elaborado por la prestigiosa firma *ERNST & YOUNG (EY)*, a través de su departamento de *Forensic (FIDS)*. **Este informe pericial obra ya unido al expediente administrativo que nos ocupa, a los Folios 976 a 1.002**; si bien lo que **no se ha incorporado** es el conjunto de documentos también aportados en su día con nuestra primera Demanda y que servían de soporte a dicha pericial (**Documental nº 30 de la Demanda del Recurso Contencioso-Administrativo nº 849/12**, que expresamente ha sido excluida en el **ÍNDICE** del Expediente Administrativo ahora aportado). Tampoco se han incorporado al expediente los **ANEXOS** del aludido Informe Pericial.

<sup>1</sup> [https://www.youtube.com/watch?v=ZvEUv\\_MxUIQ](https://www.youtube.com/watch?v=ZvEUv_MxUIQ)

Por todo ello nos remitimos a los propios autos judiciales del precedente recurso contencioso-administrativo tramitado ante la misma Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco ante la que ahora pende el presente proceso, a los efectos de que se tenga por reproducida dicha documental omitida por la Administración; y, en todo caso, aportamos también en soporte digital, como **“DISCO CD II”** adjunto a esta demanda, tanto el ya aludido **Informe Pericial de EY**, como **todos sus documentos Anexos**, que incluyen los soportes contables, fiscales y de todo tipo en los que tal pericial se basa.

Nos remitimos igualmente al propio expediente judicial precedente, a los archivos de las empresas y a los de la entidad emisora del informe, EY, a los efectos de prueba oportunos y para la acreditación de **todos los daños y perjuicios** ocasionados a la demandante.

**7.2.** Pese a los evidentes incumplimientos de la Administración que hasta aquí ya hemos acreditado, que han terminado por provocar todos esos graves daños y perjuicios, lo que hay que remarcar también es que **cuando se presentó públicamente el primer prototipo de las “viviendas HABIDITE” (en junio de 2008) el Proyecto seguía plenamente vinculado, de una manera pública –sin desmentido oficial o matización alguna– a los tres Convenios suscritos con la Administración**, respecto de los cuales todavía nos les había surgido por aquel entonces a los responsables forales **ninguna “duda de legalidad” o de “seguridad jurídica”**.

Muy al contrario, todos sus actos y declaraciones públicas seguían apuntando a su expreso respaldo oficial, aunque, como hemos visto, la realidad subyacente ya por entonces era muy otra, dado que, pese a ese formal apoyo oficial al proyecto, sin embargo, no se estaba llevando a cabo el proceso adecuado para la compactación de los terrenos, como tampoco la compra o la expropiación de los suelos seguían ya entonces el ritmo que debieran.

Lamentablemente, esa actuación irregular desde el punto de vista geotécnico, unida a todas las demás irregularidades que por nuestra parte venimos denunciando (en especial, la de la falta de oportuna comunicación previa de los convenios a las autoridades europeas y la de su posterior *autodenuncia*), a la postre terminaría **imposibilitando también desde el plano técnico, jurídico y económico, todo el Proyecto**, como luego veremos y acreditaremos.

**OCTAVO. La “Memoria de Actuación Estratégica” y el respaldo oficial del Proyecto por parte del Gobierno Vasco, a través de su declaración como “Proyecto Estratégico” y la concesión de una subvención de más de 6 millones de euros.**

Es también muy relevante, en el marco de la presente demanda, el hecho de que, con fecha de 13 de enero de 2009, **el Gobierno Vasco le otorgó a HABIDITE una subvención no reintegrable de 6.006.240,74 €**, en relación con el proyecto de su factoría de viviendas en Alonsótegui, el cual fue expresamente calificado por las autoridades autonómicas como de **“Proyecto Estratégico” (Documentos nº 19, 20 y 21 del “CD I” de la Demanda; Folios 798 a 809 del Expediente)**.

Ni que decir tiene ya a estas alturas que **el derecho a percibir dicha subvención se terminaría perdiendo** debido al bloqueo y la inejecución del proyecto por parte de la propia Diputación Foral de Vizcaya (**Documento nº 29 del “CD I”: Folio 975 del Expediente**). Como es muy evidente, para poder justificar los requisitos de la subvención era necesario el que el propio Proyecto que la sustentaba se terminara de llevar a efecto, cosa que en este caso no ocurrió por motivos completamente imputables a la Administración demandada y ajenos a la demandante. Designamos los archivos del Gobierno y de la Comunidad Autónoma del País Vasco, en todo lo que sea menester.

**La reclamación de esta cuantía está dentro de las pretensiones legítimas de mi mandante, lo cual tiene su fundamento en el propio incumplimiento de los Convenios y su inejecución por parte de la Administración demandada.**

**NOVENO. Primera reclamación administrativa de cumplimiento de los Convenios, efectuada por Javier Fernández en febrero de 2009.**

Casi un año después de que las autoridades del Gobierno Foral de Vizcaya confirmaran ante los medios de comunicación y ante las propias Juntas Generales su apoyo directo al “Proyecto HABIDITE”, lo cierto es que la ejecución del mismo parecía encontrarse en el mismo punto. Hemos manifestado ya que por lo que se refiere a las obligaciones básicas que correspondían a la Diputación Foral de Vizcaya y a sus empresas públicas, no se estaban llevando a cabo las actuaciones técnicas necesarias para compactar y consolidar los terrenos y también se había ralentizado, o hasta paralizado por completo, lo relativo a la adquisición de los terrenos.

Mientras tanto, por la parte de HABIDITE se seguían asumiendo costes y cumpliendo todos sus compromisos.

Todo ello motivó el que, finalmente, mediante el Escrito de 6 de febrero de 2009 (Documento nº 22 del CD; Folio 810 del Expediente), el mismo representante de HABIDITE firmante en su día de los Convenios, DON JAVIER FERNÁNDEZ, tuviera que dirigirse al también suscriptor de los mismos por la parte de la Administración –el Diputado General, señor Bilbao– con el fin de solicitarle una reunión para analizar los **RETRASOS** “...*en relación con la venta de un terreno industrial para la implantación de una factoría Habidite en Alonsotegi...*”, en el marco de los compromisos adquiridos por la firma de los tres Convenios.

**Dicha solicitud no dio lugar a respuesta alguna y de hecho ha sido totalmente ignorada por la Administración demandada en todos los ámbitos y expedientes seguidos en relación con este caso.** Al margen de su mayor o menor *formalidad*, resulta evidente el que, cuanto menos, **ese escrito indubitado supone una primera reclamación formal por el RETRASO en el cumplimiento de los convenios** (ni que decir tiene que el retraso o *morosidad* es también una forma de **incumplimiento contractual**, *ex art. 1.101 Cc*) pero la misma no se tiene en cuenta, ni se le da la menor relevancia, en el expediente que ahora nos ocupa.

Sí que lo han considerado, sin embargo, algunas de las importantes resoluciones posteriormente recaídas en torno a este conocido caso, en el seno nada menos que de la Justicia Europea. Así, por ejemplo, se refiere expresamente a esa primera reclamación del representante de HABIDITE la **Sentencia del Tribunal General (Sala Segunda) de la Unión Europea, de 19 de mayo de 2.015 (ECLI:EU:T:2015:291)**<sup>2</sup> a la que luego aludiremos:

- 49 Por otra parte, procede señalar que, en varias ocasiones, Habidite se dirigió a la administración española para criticar los importantes retrasos de la Diputación Foral de Bizkaia y para reclamar la inmediata ejecución de los Convenios, lo que parece confirmar la interpretación según la cual los plazos previstos en el Convenio sobre suelos eran plazos cuyo cumplimiento no estaba en absoluto supeditado a autorización alguna de la ayuda por parte de la Comisión.
- 50 Así, por ejemplo, en su escrito de 6 de febrero de 2009 dirigido al Diputado General de Bizkaia, Habidite manifestó su «preocupación creciente por el estado de cumplimiento de las obligaciones asumidas en contrato o convenio que firmamos el 15 de diciembre de 2006 en la Diputación Foral de Bizkaia, la sociedad pública “Bizkailur” y Habidite Technologies País Vasco, S.A., en relación con la venta de un terreno industrial para la implantación de una factoría “Habidite” en Alonsotegi» y lamentó que «se hubiesen acumulado por parte de dicha sociedad pública importantísimos retrasos en cuanto al cumplimiento de las obligaciones, hasta el punto de haber ocasionado importantes quebrantos económicos a Habidite y una demora de la puesta en marcha de la planta de más de un año».

<sup>2</sup><http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dd7278862cab5b46b380fc834ac2d20ba4.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNb3v0?text=&docid=164295&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=878088>

Esto evidencia el que, cuanto menos **desde el año 2009**, el representante de HABIDITE le estaba reclamando ya a la Administración foral una respuesta sobre la ejecución de los Convenios y el que se tuvieran en cuenta esos **retrasos** y los **graves perjuicios** derivados de los mismos, sin que ni dicha respuesta y ni el resarcimiento solicitado hayan llegado nunca a producirse.

**DÉCIMO. Comunicación extemporánea de los Convenios a la Comisión Europea, tras el primer requerimiento de cumplimiento efectuado por parte de HABIDITE. Expediente sobre “Ayudas de Estado” ante la Comisión Europea, promovido de manera extemporánea por la Administración para bloquear el proyecto “Habidite-Alonsótegui”.**

**10.1.** Si bien, como hemos señalado, el mencionado escrito del representante de HABIDITE de fecha 6 de febrero de 2009 no dio lugar a **ninguna respuesta oficial**, ni que sepamos, a la apertura de **ningún tipo de expediente**, lo que, a la vista de los hechos ahora conocidos sí que desencadenó dicho escrito, de una manera bastante evidente, fue la **extemporánea y sorpresiva petición por parte de la Diputación Foral de Vizcaya de comunicación por el Estado español a la Comisión Europea del Primer Convenio y del Segundo Convenio**. La relación *causa-efecto* entre el escrito de HABIDITE y esa petición de la Diputación Foral resultará obvia para cualquier observador imparcial (sobre todo cuando tampoco se acredita de contrario ningún acuerdo, informe o resolución habilitante de esta tan sorpresiva actuación).

**A la vista de ello es ahora conocido –aunque entonces se ignoraba– el que la Administración demandada no había cumplido previamente a la firma de los Convenios, y antes de iniciar su ejecución, con la obligación legal que le incumbía de notificar las posibles “Ayudas de Estado” que, según ha resuelto después la Comisión Europea, se podían llegar a contener en los mismos, a tenor del artículo 108.3 TFUE.**

Estamos en presencia, pues, de un nuevo comportamiento **“antijurídico”**; y en la medida en que el mismo también ha comprometido después hasta la viabilidad y el propio cumplimiento de los Convenios, **se trata también de un comportamiento NEGLIGENTE, determinante de responsabilidad.**

**10.2.** Tal comunicación tardía de sólo dos de los Convenios (no se ha aclarado por qué se omite el tercero) en efecto se produjo, muy sintomáticamente, después de que HABIDITE reclamase formalmente, por primera vez, el cumplimiento de los tres Convenios, dado el retraso que el proyecto ya acumulaba en febrero de 2009.

Así pues, y con clara causa en esa legítima petición del empresario, ese peculiar trámite de comunicación *a posteriori* se inició mediante el Escrito de 3 de abril de 2009 dirigido por el Diputado Foral de Hacienda y Finanzas, DON JOSÉ MARÍA IRUARRIZAGA ARTARAZ, al Director para Asuntos Europeos del Gobierno Vasco, DON MIKEL ANTÓN ZARRAGOITIA, quien a su vez dirigió tal petición ante la SECRETARÍA DE ESTADO DE ASUNTOS EUROPEOS DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES para su remisión a la SECRETARÍA GENERAL DE LA COMISIÓN EUROPEA y a la DIRECCIÓN GENERAL DE LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN EUROPEA (**Documentos nº 23 y 24 del CD; Folios 811 a 820 del Expediente**). Designamos todos los archivos correspondientes.

**10.3.** En tal comunicación de la Diputación Foral de Vizcaya lo que se manifestaba interesadamente por la misma era que los aludidos Convenios “*no se han llevado todavía a efecto*”. Sin embargo esa manifestación no era cierta o al menos no era muy exacta, porque, desde luego, en lo que atañe a HABIDITE sí que se estaban cumpliendo todos los compromisos derivados de los Convenios. Pero es que incluso **por lo que se refería a la propia Administración era innegable que también se había iniciado la ejecución del Proyecto**, mediante las actuaciones urbanísticas previstas, unas muy importantes compras de suelo, la elaboración de planes y programas, el dictado de numerosos actos administrativos y *un largo etcétera*.

**10.3.** Muy curiosamente, **tampoco obran en el Expediente Administrativo que se ha tramitado en este caso los preceptivos informes, dictámenes, acuerdos y resoluciones que debieron preceder, para justificarla, a esa tan tardía y tan sorpresiva comunicación de sólo dos de los tres Convenios a las autoridades europeas.**

Tampoco se sabe **por qué razón el Tercer Convenio no llegó nunca a comunicarse**, cuando los tres constituyen **un todo indisoluble** (como ha llegado a sostener la propia Administración demandada y también lo recogen las Sentencias del TSJ y del TS, cuando hablan de un “**cuerpo convencional único**”).

En cualquiera de los casos, lo que resulta obvio es que este tan inusual modo de proceder comporta también de por sí un comportamiento **NEGLIGENTE** (si es que no fuera **DOLOSO**) porque la propia formulación de esta tardía comunicación lo que connota es que la misma no se había hecho previamente, cuando debía haberse efectuado. Además, sostenemos aquí que esta petición en realidad se hizo **con la única finalidad real de bloquear la ejecución ya iniciada del Proyecto**, ante la legítima exigencia de cumplimiento por parte del empresario y su expresa denuncia de los retrasos.

10.4. Sea como fuere, es patente que todo este irregular y nuevamente antijurídico, modo de proceder de la Administración, ha terminado por acarrear en la práctica ese buscado bloqueo; y, en definitiva y a la postre, hasta la completa inviabilidad sobrevenida del Proyecto, el cual tenía unos plazos y unas condiciones específicas que han devenido imposibles, por el propio transcurso del tiempo y hasta como consecuencia de los distintos recursos formulados por la propia Administración, siempre con un claro ánimo dilatorio.

Las consecuencias lesivas de todo ello se han ido manifestando también a lo largo del tiempo para esta parte, en el transcurso de unos largos procesos administrativos y judiciales alentados desde la propia Administración, **ignoramos también con qué consignas, informes y acuerdos habilitantes**, porque tampoco han formado parte de los expedientes tramitados, lo que incluso nos puede llevar de lleno al terreno de la Vía de Hecho administrativa.

**DECIMOPRIMERO. Segunda reclamación administrativa de cumplimiento de los Convenios e indemnización, de fecha 17 de septiembre de 2009 y proceso judicial dimanante de la desestimación de plano de la misma, hasta las Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y por el Tribunal Supremo, anulatorias del procedimiento administrativo seguido por la Diputación Foral.**

11.1. Con fecha de 17 de septiembre de 2009 la sociedad HABIDITE TECHNOLOGIES PAÍS VASCO S.A. presentó una **nueva reclamación frente a la Diputación Foral de Vizcaya**, requiriendo a la misma para el cumplimiento de los tres Convenios firmados e indemnización de los daños y perjuicios irrogados; todo ello en los muy amplios términos que constan en la parte petitoria de dicho escrito, del cual obra una copia a los Folios 64 a 81 del expediente inicial tramitado en este asunto y que han sido incorporados al ahora remitido, a los **Folios 91 a 108 del Expediente Administrativo.**

11.2. El devenir del procedimiento administrativo, primero, y luego del proceso judicial al que tal reclamación dio lugar (tras desestimarse de plano y sin ninguna motivación formal) ha sido tan largo y tortuoso que el mismo ha llegado incluso hasta el Tribunal Supremo de la nación, como de sobra es conocido para la propia Sala ante la que ahora de nuevo pende este asunto, dado que en realidad el expediente que ahora nos ocupa se deriva de la propia fase de ejecución de dichas resoluciones judiciales (las cuales esta parte actora sostiene que no han sido cumplidas, ni propiamente *ejecutadas* por la demandada).

En efecto, tal como consta en los propios archivos y autos de ese órgano jurisdiccional al que de nuevo nos dirigimos, el Alto Tribunal, mediante la **Sentencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de 25 de mayo de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2161)**<sup>3</sup>, vino a confirmar, salvo en el extremo relativo a las costas, la sentencia previamente dictada por la **Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 19 de septiembre de 2014**, en sede del **recurso número 894/2012**, cuya parte dispositiva había sido del siguiente tenor literal:

*«FALLO: que, estimando en lo principal el recurso contencioso administrativo interpuesto por la procuradora de los tribunales doña María Teresa Bajo Auz en representación de "HABIDITE TECHNOLOGIES PAIS VASCO, S.A." frente al acuerdo pleno de la Diputación Foral de Bizkaia de 17 de julio de 2.012 por el que se decidió desestimar la reclamación presentada por dicha firma social el 17 de setiembre de 2.009 requiriendo el cumplimiento de tres convenios suscritos entre partes el 16 de diciembre de 2.006, y declaramos disconforme a derecho y anulamos dicho acuerdo por razones de forma y procedimiento, sin otros pronunciamientos y con imposición de costas a las partes codemandadas».*

La Sentencia de Casación, desestimatoria de los recursos planteados por las demandadas en ese proceso (la Diputación Foral y su sociedad pública de gestión de suelos), revocó únicamente el extremo relativo a la imposición de costas a dichas demandadas, que se deja sin efecto: pero mantiene en todo lo demás el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por el TSJ del País Vasco, a la que nos remitimos íntegramente, dado su interés.

Ambas resoluciones judiciales son muy conocidas y están incorporadas a los correspondientes reportorios de Jurisprudencia (cuyos enlaces se facilitan en este escrito), además de formar parte del propio proceso judicial del que trae causa el que ahora nos ocupa, cuyos archivos designamos, por lo que, salvo mejor criterio judicial, se considera innecesaria en este punto su aportación. Se mencionan además en la propia resolución foral recurrida (**Folios 2.187 y 2.188 del Expediente Administrativo**), por lo que su existencia, firmeza y contenido los consideramos a todos los efectos como extremos incontrovertidos. Pese a ello y salvo error, no vemos incluidas esas sentencias en el expediente, por lo que, si fuera el caso, podrán ser incorporadas al proceso en cualquier otro momento por el propio órgano judicial, o por cualquiera de las partes, a fin de facilitar la labor del mismo.

---

<sup>3</sup>[http://www.poderjudicial.es/search\\_old/documento/TS/8051293/Recurso%20de%20casacion%20contencioso%20administrativo/20170609](http://www.poderjudicial.es/search_old/documento/TS/8051293/Recurso%20de%20casacion%20contencioso%20administrativo/20170609)

En cualquiera de los casos, es igualmente incontrovertido el que en virtud de dichas sentencias fue acogido en esencia el recurso planteado por HABIDITE en lo relativo a la declaración de nulidad, por indefensión, de todo el Procedimiento Administrativo seguido por la Diputación Foral de Vizcaya a resultas de la reclamación de cumplimiento de los convenios e indemnización, formulada en su día por la sociedad firmante de los Convenios; y, en consecuencia, por esa razón se ordenó la retroacción de dicho expediente que ha dado lugar a la resolución que ahora es impugnada por medio de esta nueva demanda.

**11.3.** En efecto, como se infiere de las sentencias dictadas, en el proceso judicial previo lo que se acordó fue la retroacción del procedimiento administrativo, a fin de permitir a la reclamante la formulación de alegaciones y la proposición de pruebas, lo que se le había denegado indebidamente en el trámite anterior.

Pues bien, al igual que ocurrió en ese procedimiento previo cuya retroacción ordenó el Tribunal, por falta de garantías, **en el presente expediente que ahora nos ocupa TAMPOCO SE NOS HA ADMITIDO LA PRÁCTICA DE PRUEBAS**, lo que fundamentará ya de por sí una nueva, pero análoga, pretensión de **NULIDAD DEL EXPEDIENTE** que esta parte ya ha anunciado en el seno del mismo y que en su momento se articulará en este escrito de demanda.

**11.4.** Al margen de todo ello, lo que procede poner de manifiesto aquí es que una vez que se ha llevado a cabo formalmente la “*nueva tramitación*” de aquel antiguo expediente anulado, ordenada a la administración demandada por el TSJ del País Vasco y por el Tribunal Supremo, la Diputación Foral de Vizcaya, mediante su **Acuerdo Foral de 13 de marzo de 2018**, lo que ha resuelto de nuevo es **volver a rechazar de plano todas las pretensiones indemnizatorias planteadas por HABIDITE, derivadas del incumplimiento que ésta le achaca de los tres Convenios que nos ocupan ahora.**

Dicha resolución es la que directamente se combate por medio de esta demanda, en la que volveremos a sostener, como lo hemos hecho ya en el propio Expediente Administrativo, que al margen de que se haya dado ahora, aparentemente, un nuevo trámite formal a la reclamación de esta parte, en realidad se han reproducido análogas **irregularidades** a las de antaño, más algunas otras nuevas, todo ello para llegar al mismo designio desestimatorio de todas las pretensiones, pero sin entrar en realidad en el verdadero fondo del asunto.

Sobre ello se incidirá más oportunamente en la fundamentación jurídica de esta demanda, por lo que retomaremos seguidamente el relato cronológico de los hechos en los que se funda la misma.

**DECIMOSEGUNDO. Decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2012 adoptada en el expediente de Ayudas de Estado, exclusivamente sobre el Convenio sobre Suelos (Primer Convenio) y sobre el Convenio sobre Viviendas (Segundo Convenio).**

**12.1.** Efectuado el anterior inciso sobre los hechos acontecidos con posterioridad a la segunda reclamación de cumplimiento de los convenios de HABIDITE y a consecuencia de la misma (lo que nos ha llevado a las dos sentencias dictadas y a la “*ejecución*” de las mismas, en cuya sede nos encontramos), es menester retomar, en efecto, el orden cronológico de los hechos, en aras de poder fundamentar debidamente esta demanda en su aspecto fáctico.

Pues bien, lo que hay que recordar aquí es que ese inicial procedimiento administrativo sobre *cumplimiento de los convenios e indemnización*, iniciado a instancia de HABIDITE el 17 de diciembre de 2009, antes de que fuera resuelto mediante el primer *Acuerdo Foral* que después fue judicialmente anulado, ya previamente había quedado largo tiempo **en suspenso** por virtud de un acuerdo de la propia Administración actuante, basado en la propia iniciación, a instancias suyas, del inopinado y muy extemporáneo expediente sobre Ayudas de Estado ante la Comisión europea (**Folio 195 del Expediente Administrativo**).

En efecto, esa suspensión procedimental estaba expresamente basada y motivada en la tramitación del expediente que la propia Diputación Foral había promovido de una manera interesada, oportunista y extemporánea (dicho sea con todo respeto y en términos de defensa), ante la Comisión Europea, en materia de Ayudas de Estado, ya con el firme y decidido propósito de **bloquear definitivamente un proyecto que la propia Administración de facto ya estaba boicoteando, por la vía de los hechos consumados y sin dar ninguna explicación**. Así resulta racionalmente de todos los antecedentes que hemos aportado y que sometemos a la *sana crítica* del órgano judicial.

En concreto, ese hecho de la suspensión del procedimiento administrativo también se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017 ya mencionada en este escrito, en cuyo *Fundamento de Derecho Segundo* se reflejan los antecedentes del caso. En particular, su apartado 4) hace mención al **Acuerdo de 15 de diciembre de 2009 del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Vizcaya de suspender el plazo para resolver** el procedimiento incoado –*sic*–

“...hasta que se obtuviera de la Comisión Europea el pronunciamiento previo y preceptivo en el procedimiento N266/2009, por el tiempo que medie hasta la notificación del pronunciamiento a la Diputación Foral de Vizcaya, lo que se comunicará una vez producida, a la reclamante (...)”

**12.2.** Así pues, tras una larga tramitación administrativa del aludido expediente de *Ayudas de Estado*, durante toda la cual permaneció suspendido el expediente relativo a la reclamación de HABIDITE sobre cumplimiento de los Convenios (y por ende, el propio Proyecto, haciéndolo cada día más inviable) finalmente se dictó la hoy ya muy conocida **Decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2012**, relativa a la **AYUDA ESTATAL N° SA.28356 (C37/2009) (ex N 226/2009) Habidite Alonsotegui (“Decisión de la Comisión Europea Habidite Alonsotegui”)**<sup>4</sup>.

Obra copia de la misma en el expediente inicial (a sus Folios 215 a 253), incorporado al ahora elaborado y aportado (**Folios 242 a 280 del Expediente Administrativo**), al que nos remitimos, si bien transcribiremos a continuación los apartados más relevantes de “la Decisión” a los efectos que nos ocupan (el remarcado es nuestro):

(...) **DECISIÓN:**

#### **Artículo 1**

**Los dos Convenios notificados** por el Reino de España el 15 de abril de 2009, celebrados el 15 de diciembre de 2006 entre la Diputación Foral de Bizkaia y Bizkailur S.A., por una parte, y Habidite Technologies País Vasco S.A. y el Grupo Afer, por otra, **incluyen ayuda estatal** a tenor de lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado.

#### **Artículo 2**

La ayuda incluida en los Convenios notificados **es ilegal, ya que se concedió vulnerando la obligación de notificación previa** que establece del artículo 108, apartado 3, del Tratado.

#### **Artículo 3**

La ayuda incluida en el **Convenio sobre suelos** consta de:

- a) Los intereses no percibidos por la Diputación y Bizkailur sobre un préstamo equivalente al total de los costes asumidos por la adquisición del suelo, que se ha de reembolsar tras un periodo de carencia de cuatro años en cuatro plazos iguales del 25 % cada uno, sin intereses. El ESN de un préstamo sin intereses como el que nos ocupa habría sido del 13,41 % de los costes efectivos asumidos por Bizkailur para la adquisición del suelo destinado este proyecto en virtud de la parte segunda, artículo l.ii, del Convenio sobre suelos.
- b) Los costes totales efectivos en los que habría incurrido Bizkailur en concepto de la adaptación para uso industrial de los terrenos que se habían de adquirir para este proyecto, de una superficie total mínima de 101.430 m<sup>2</sup>, en virtud de la parte segunda, artículo l.iii, del Convenio sobre suelos.

#### **Artículo 4**

La ayuda incluida en el **Convenio sobre viviendas** consiste en el beneficio que Habidite y el Grupo Afer habrían obtenido de la venta de las 1.500 viviendas encargadas por la Diputación Foral de Bizkaia y Bizkailur S.A. en aplicación de dicho Convenio. Este beneficio consiste en la diferencia entre el precio obtenido por Habidite de Bizkailur en virtud del artículo A, letra e), de este Convenio y los costes propios de Habidite en concepto de la construcción de las 1.500 viviendas.

<sup>4</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013D0198&qid=152998590058&from=ES>

#### Artículo 5

**La ayuda incluida en el Convenio sobre suelos es compatible con el Tratado** en virtud de las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional de 1998 y las Directrices Multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión de 2002 **hasta un importe autorizable de 10,5 millones de euros**. La ayuda que supere este límite máximo es incompatible con el Tratado.

#### Artículo 6

La ayuda incluida en el **Convenio sobre viviendas es incompatible con el Tratado** en virtud del punto 4.15 de las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional de 1998, por constituir ayuda de funcionamiento.

#### Artículo 7

El destinatario de la presente Decisión será el Reino de España.

(...)

**12.3.** Lo que en modo alguno se mencionaba, sin embargo, en el expediente inicial que tramitó en su día la Diputación Foral y que después ha tenido que ser retrotraído en virtud del mandato judicial, era el hecho cierto y que hemos conocido bastante después, atinente a la **formulación de RECURSOS por la propia Diputación Foral de Vizcaya, en sede de la Justicia Europea, frente a la Decisión de la CE de 27 de junio de 2012 que sirvió en su día como única base del primer acuerdo desestimatorio de las reclamación de HABIDITE que ahora de nuevo nos ocupa.**

Esto resulta muy llamativo y paradójico, puesto que dicha desestimación inicial de las pretensiones indemnizatorias de la actora la propia Diputación Foral en su día la basó y la fundamentó jurídicamente en una Decisión de la Comisión Europea que, sin embargo, **no era entonces ni firme, ni definitiva**, porque resulta que ella misma la había recurrido ante la Justicia Europea.

Este hecho tiene bastante incidencia en el caso que nos ocupa, puesto que cuando se concretó por esta parte su anterior pretensión indemnizatoria (la del Recurso Contencioso-Administrativo nº 894/2012) la Decisión relativa a dos de los tres Convenios estaba entonces “*sub iudice*”, por lo que dicha reclamación sólo podía centrarse en el tercero de ellos (ello sin perjuicio del procedimiento sobre Responsabilidad Patrimonial que cautelarmente también se inició en paralelo, que también se refiere a los tres Convenios y que sigue su curso).

Tal cortapisa o limitación procesal no existe ahora, puesto que **la Decisión CE ya es firme**, por virtud de:

- **La Sentencia del Tribunal General de la Unión europea, Sala Segunda, de 19 de mayo de 2015.**<sup>5</sup>
- **El Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Séptima, de 5 de octubre de 2016.**<sup>6</sup>

Consideramos que tampoco resultará necesario el aportar aquí dichas resoluciones de la Justicia Europea, dado que ahora la Administración demandada ya no oculta (como antes sí que hizo) que en su día ella misma había recurrido la Decisión de la CE en la que inicialmente había basado toda la desestimación de plano de la reclamación de HABIDITE. Por el contrario, ahora sí lo reconoce en el expediente y lo menciona a su **Folio 2.186**, donde aludiendo a esas dos resoluciones por nosotros precitadas, se concluye también que **“La Decisión de la Comisión es por tanto firme”**.

Es éste, pues, ahora y no antes, un extremo **incontrovertido** que además condiciona el alcance actual de nuestra presente demanda y de la pretensión contenida en la misma, la cual **se extiende a los Tres Convenios**, considerados ya, además, por el más alto y expreso designio judicial, como un **“CUERPO CONVENCIONAL ÚNICO” (Fundamento de Derecho Octavo de la STS de 25 de mayo de 2017)**. Sostendremos, por lo tanto, el INCUMPLIMIENTO por parte de la demandada de todo ese **“cuerpo convencional”** y pediremos, en consecuencia, todas las indemnizaciones correspondientes por ello.

**DECIMOTERCERO. Resolución de 17 de julio de 2012 de la Diputación Foral de Vizcaya, desestimatoria de la reclamación de HABIDITE de cumplimiento de los Convenios e indemnización. Procedimiento posterior y nuevo cúmulo de NULIDADES. Nuevo Acuerdo Foral de 13 de marzo de 2018, igualmente desestimatorio de plano, por el que se incumplen e infringen las Sentencias del TSJ País Vasco y del Tribunal Supremo.**

**13.1.** Volviendo de nuevo al relato cronológico de los hechos y de la propia reclamación administrativa previa, hay que reseñar aquí que fue mediante su **Acuerdo foral de 17 de julio de 2012** por el que, basándose en una Decisión de la CE que ahora sabemos que por entonces no era firme, la Diputación Foral de Vizcaya vino a desestimar de plano, ya en esa primera ocasión (posteriormente anulada por los Tribunales), la tan repetida reclamación de cumplimiento de los convenios e indemnización, que había sido presentada por HABIDITE con fecha 17 de septiembre de 2009.

<sup>5</sup>[http://curia.europa.eu/juris/document/document\\_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd622e7abfc3ae489091ef94c6e81c4bbc.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQa3n0?doclang=ES&](http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd622e7abfc3ae489091ef94c6e81c4bbc.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuQa3n0?doclang=ES&)

<sup>6</sup><https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62015CO0426&from=ES>

En efecto, con base expresa en la repetida Decisión –no firme entonces– de la Comisión Europea en el caso “*Habidite-Alonsótegui*”, dicha reclamación fue resuelta con dos únicos trámites:

1. Incoación del expediente y suspensión del procedimiento, con base en la existencia del expediente de Ayudas de Estado; y
2. Desestimación de la reclamación.

Resultaba evidente entonces, al igual que lo es ahora, el **designio previo desestimatorio de la Administración**, puesto que las razones esgrimidas por la Diputación no eran ni suficientes, ni cumplían con los requisitos de motivación legalmente establecidos. Debe destacarse, además, el que con base en la Decisión de la Comisión Europea, que se refiere únicamente a los dos Convenios notificados (Primer y Segundo Convenio), la Diputación desestimó una reclamación que iba también dirigida al Tercer Convenio...

El devenir de todo lo relativo a ese primer Acuerdo Foral desestimatorio es de sobra conocido por la Sala, dado que es el que dio lugar al procedimiento judicial previamente seguido y en el que se terminó anulando dicha resolución; pronunciamiento judicial éste que sería posteriormente confirmado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

**13.2.** En sede, pues, de la **ejecución** de estas dos resoluciones judiciales previas es donde la misma Administración demandada ha vuelto a “*tramitar*” el procedimiento, para así pretender “*cumplir*” –esto es muy supuestamente, dicho sea con todo respeto– con lo acordado por la autoridad judicial. Ello sólo se ha efectuado formalmente, pero no de una manera material, porque amén de otras irregularidades en la tramitación y pese a que entre los motivos de nulidad de la resolución anterior estaba precisamente el de haberse privado a la interesada de la posibilidad de alegación y prueba, lo cierto es que en este nuevo trance procedimental ello ha seguido siendo sustancialmente igual, en especial por lo que se refiere a la **denegación infundada de medios de prueba**, lo que ya hemos visto que viene siendo una tónica general de la actuación de la demandada para con mi mandante, de por sí determinante de una nueva **NULIDAD**.

**13.3.** A ello debe añadirse que en el devenir de este nuevo trámite ordenado por la misma autoridad judicial a la que de nuevo nos dirigimos, se han producido también **otras irregularidades procedimentales**, que más oportunamente se abordarán en la fundamentación jurídica de este escrito de demanda.

Entre ellas, de manera muy destacada, se resalta la que se refiere a la **exigencia a la interesada de documentos y justificaciones improcedentes sobre la propia viabilidad actual del “Proyecto Habidite-Alonsotegui”**. Se trata, notoriamente, de **un trámite no previsto en norma procedimental alguna** y en el que además se le pedía a esta parte algo de **contenido imposible**. Es patente que la propia Administración, con su reiterado y deliberado incumplimiento previo de los Convenios, es quien ha hecho imposible su ejecución, por lo que no puede pretender que sea esta parte la que pruebe lo contrario (**“prueba diabólica”**).

Así pues, es notoria también la **NULIDAD** intrínseca de dicho arbitrario **“trámite”** y de todas las pretendidas consecuencias que del mismo haya querido extraer la administración demandada en el trance de *volver a resolver* este expediente, lo que alcanza a la propia resolución final dictada en el mismo.

Estas arbitrariedades e irregularidades ya fueron puestas de manifiesto en el expediente por la propia parte interesada, pero la Administración demandada ha hecho caso omiso a todo ello, para terminar dictando el nuevo **Acuerdo Foral de 13 de marzo de 2018** cuya nulidad también se insta ahora. Sobre los motivos legales de dicha nulidad se incidirá más oportunamente en la fundamentación jurídica de esta demanda.

#### **DECIMOCUARTO. Resumen de los Hechos, en relación con las concretas PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE.**

A modo de síntesis, los hechos que en resumen fundamentan la pretensión de esta parte son los siguientes:

- 1) La demandante HABIDITE, sociedad que actúa como cabecera del grupo empresarial sobre el que gira todo lo relativo al proyecto *“Habidite-Alonsotegui”*, adquirió una serie de compromisos, así como unas legítimas expectativas económicas (lo que incluía su propio incremento de valor patrimonial), derivadas de la firma de los tres Convenios suscritos por el representante de la Diputación Foral de Vizcaya, Don José Luis Bilbao, en fecha de 15 de diciembre de 2006, en relación con la implantación de una *“factoría Habidite”*, para la fabricación de viviendas modulares.
- 2) La sociedad firmante de los convenios, HABIDITE TPC, con el apoyo de todas las demás sociedades integrantes de su mismo grupo empresarial, realizó un importante esfuerzo económico y financiero para el cumplimiento y desarrollo de dicho proyecto. De hecho, jamás se le ha achacado por la Administración a HABIDITE el que haya incurrido en incumplimiento alguno de los Convenios.

- 3) Los informes técnicos y estudios de viabilidad del proyecto recabados por la propia Diputación Foral de Vizcaya, así como las normas técnicas y tecnológicas vigentes, le imponían inexorablemente a la Administración la obligación de acondicionar y consolidar los terrenos, en especial, en el aspecto geotécnico, para que pudieran servir para la implantación de la factoría. También adquiría otras muchas obligaciones y compromisos que desplegaron sus efectos desde la propia firma de los Convenios, los cuales a su vez contemplaban unos hitos y plazo de ejecución muy concretos.
- 4) La Diputación Foral de Vizcaya mostró públicamente su apoyo al proyecto a través de distintos medios de comunicación y en las propias sesiones de su Consejo de Gobierno, incentivando así la implicación activa por parte de las empresas del grupo HABIDITE y su inversión de recursos económicos, materiales y humanos. Todos sus actos y resoluciones firmes ratifican la existencia y vigencia de los Convenios, sin que ninguno de tales actos haya sido nunca anulado o revisado conforme a derecho.
- 5) La Diputación Foral de Vizcaya y sus sociedades de gestión de suelo pusieron en marcha la ejecución del proyecto y el cumplimiento de los Convenios, mediante una importante inversión de compra de los terrenos y otras actuaciones públicas que reforzaron la confianza legítima de las empresas del grupo HABIDITE en la realidad y viabilidad de este importante proyecto. Los Convenios se habían perfeccionado y desplegaron así sus efectos de una manera indiscutible.
- 6) Pese a ese inicial cumplimiento y a las elocuentes muestras dadas desde la propia Administración sobre la viabilidad del proyecto, desde la Diputación Foral de Vizcaya no se observaron sin embargo las prescripciones e informes de sus propios técnicos, ni las normas técnicas y tecnológicas vigentes en materia de rellenos y compactación de los terrenos donde se tenía que edificar la factoría Habidite. Se incumplieron ya entonces con todo ello las propias previsiones expresas de los Convenios firmados.
- 7) En junio de 2008 diversos propietarios de la zona de Alonsótegui denunciaron en un proceso civil la ocupación de sus terrenos mediante vertidos procedentes de otra obra pública y llegaron finalmente a obtener una sentencia que condenó a la Administración por esa ocupación irregular. Se trata de una nueva evidencia del incumplimiento que se achaca a la demandada, por su indolencia y pasividad en todo lo relativo a la ejecución del proyecto a partir de un determinado momento.

- 8) Al mismo tiempo, en junio de 2008, HABIDITE presentó públicamente el primer prototipo de vivienda modular. En cumplimiento del proyecto HABIDITE sigue asumiendo fuertes inversiones y gastos que sólo en los apartados de I+D+i llegan a la cifra de **8.109.902 €**, según informe pericial elaborado por EY en el año 2013. Se reclama ahora esta cantidad como *daño emergente*, dada la imposibilidad sobrevenida de ejecución del Proyecto, imputable a la Administración.
- 9) En enero de 2009 el Gobierno Vasco califica el proyecto como estratégico y le concede una subvención no reintegrable de **6.006.240,74 €**. Esa subvención se ha perdido, al no llegar a ejecutarse el proyecto, por causas que no son imputables a la beneficiaria de la ayuda y sí exclusivamente a la Administración. **También se reclama ese importe.**
- 10) En febrero de 2009 el empresario Javier Fernández pone de manifiesto los retrasos de la Diputación Foral en la ejecución del proyecto. No se siguen adquiriendo los suelos y la vaguada no está siendo acondicionada para la construcción de la fábrica. No se obtiene ninguna respuesta, ni se le da trámite alguno a su petición. A partir de ese momento el proyecto ya puede considerarse como virtualmente “*enterrado*” por la Diputación Foral, sin ninguna explicación, por la simple *vía de hecho*.
- 11) En abril de 2009 la Diputación Foral de Vizcaya inicia extemporáneamente un procedimiento de comunicación de Ayudas de Estado dirigido a las autoridades de la Comisión Europea. Esta comunicación tardía e irregular es la forma de bloquear jurídicamente el proyecto y las legítimas reclamaciones del empresario. No hay constancia alguna en el expediente tramitado de los preceptivos informes, acuerdos o actos administrativos que pudieran haber justificado y motivado esta extemporánea decisión.
- 12) En septiembre de 2009 se presenta por parte de HABIDITE una reclamación formal de cumplimiento de los convenios e indemnización. El procedimiento es iniciado e inmediatamente suspendido por la Diputación Foral de Vizcaya, por virtud del expediente sobre Ayudas de Estado que los propios representantes forales se habían encargado de promover, muy extemporáneamente y con ese preciso y torcido propósito de paralización y bloqueo del proyecto. No hay constancia tampoco de ningún acuerdo habilitante de esta comunicación tardía de sólo dos de los tres convenios, ni se explica por qué no se comunica el tercero. Esta actuación tardía de la administración es cuanto menos negligente, cuando no eventualmente dolosa.

- 13) La Comisión Europea resuelve en vía administrativa el expediente sobre Ayudas de Estado mediante la Decisión de 27 de junio de 2012, que, entre otros extremos, pone de manifiesto que al menos una de las *ayudas*, hasta un importe de **10.500.000 €** hubiera sido acorde al Tratado de la Unión de haber sido comunicada en tiempo y forma por la propia Administración que se la ha comunicado después, tan intempestivamente, a la CE. De no haberse dado los incumplimientos de la Administración este importe se hubiera podido percibir, por lo que también se reclama indemnización por este motivo.
- 14) Sin ningún otro trámite, la Diputación Foral levantó la suspensión del procedimiento sobre cumplimiento de los Convenios promovido en su día por HABIDITE y lo desestimó de plano, invocando para ello una Decisión de la CE que sin embargo había sido al mismo tiempo recurrida por la propia Administración ante los Tribunales de Justicia europeos, lo que se oculta en un principio. Dichos tribunales europeos confirmaron de manera definitiva la Decisión de la CE en el año 2.016, al desestimar el Recurso de Casación de la Diputación Foral y de su empresa pública de gestión de suelo.
- 15) A su vez el TSJ del País Vasco y el Tribunal Supremo, han anulado la resolución y el procedimiento inicialmente seguido para desestimar la reclamación de cumplimiento de los Convenios e indemnización promovido por HABIDITE en 2009, que se retrotrae a su inicio y en el que se vuelve a incurrir ahora en análogos vicios de nulidad. En especial, se vuelve a reproducir la misma denegación de medios de prueba, con indefensión de la reclamante, que había determinado la nulidad del expediente anterior.

Todos los hechos acreditados, empezando por la falta de oportuna comunicación a las autoridades europeas de los tres Convenios, continuando por las irregularidades cometidas en la gestión de los residuos procedentes de otra obra pública (que en la práctica impiden la ejecución material del “Proyecto Habidite”), hasta llegar a la comunicación extemporánea de dos de dichos Convenios –y no del tercero– que ha dado lugar a un expediente y a una Decisión que lo han paralizado e imposibilitado *de facto*, por el propio transcurso del tiempo, conforman en su conjunto una cadena ininterrumpida de actuaciones anómalas, irregulares y antijurídicas de la Diputación Foral de Vizcaya que pueden calificarse plenamente como de **INCUMPLIMIENTO SUSTANCIAL Y DEFINITIVO DE LOS TRES CONVENIOS** lo que, además, de un modo directo, ha causado un **perjuicio cuantificable** a la parte demandante.

Dicho perjuicio se concreta en el **Daño Emergente** y en el **Lucro Cesante** por los que se ha pretendido reclamar en el Expediente Administrativo, pero que ni tan siquiera se nos ha permitido probar en debida forma, al **denegársele a la parte reclamante todas las pruebas pedidas y que eran manifiestamente útiles y pertinentes.**

Además de las cantidades líquidas ya expuestas y que se reclaman con la presente demanda, como indemnización, en el apartado del **lucro cesante** no se nos ha permitido desplegar la prueba oportuna en el expediente administrativo previo, por lo que se interesará el que en sede judicial se subsane dicha irregularidad, con la admisión de las pruebas que se propondrán. Sin perjuicio de ello y cautelarmente, invocando en lo menester la doctrina y la jurisprudencia que se mencionará en la fundamentación jurídica de este escrito, la pretensión económica de esta parte se sitúa como mínimo en este apartado del *lucro cesante* en **el 6% del importe de la inversión prevista en los Convenios, por importe de 55 millones de euros.** La cuantía reclamada por este concepto asciende pues, como mínimo, a **3.300.000 euros**, sin perjuicio de lo resulte del proceso, en sede de prueba.

Asimismo, por el concepto incluido en la reclamación iniciadora del expediente de daño moral y menoscabo de la imagen pública y empresarial de HABIDITE se reclamará prudencialmente una cantidad equivalente al 1% del valor estimado por CAPGEMINI como valor de la empresa para 2019, de haberse ejecutado el proyecto: **2.900.000 €.**

Así pues, la cuantificación provisional de la pretensión indemnizatoria de esta parte se concreta ahora en:

1	Gastos e inversión acreditados en I+D+i	8.109.902,00 €
2	Perdida subvención Gobierno Vasco	6.006.240,74 €
3	Ayuda compatible con Tratado de la Unión	10.500.000,00 €
4	Lucro cesante (mínimo estimado)	3.300.000,00 €
5	Daño moral y menoscabo de imagen de empresa	2.900.000,00 €
		<b>30.816.142,74 €</b>

Por todo ello es por lo que se viene a impetrar ahora la **Tutela Judicial Efectiva**, con arreglo a los siguientes

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

## **I. JURISDICCIÓN y COMPETENCIA.**

Le Corresponde el conocimiento del presente Recurso a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por tratarse de pretensiones que se deducen en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo, de conformidad con lo señalado por el **artículo 1 y 2.c)** de la **Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, "LJCA")**.

Es competente el órgano judicial al que nos dirigimos, en aplicación de lo dispuesto en los **artículos 10.1.a) y 14** de la misma Ley.

## **II. PROCEDIMIENTO Y CUANTÍA**

El procedimiento a seguir es el Ordinario, regulado en el Título IV de la vigente Ley Jurisdiccional.

Si bien parte de las pretensiones económicas de la actora están en parte concretadas, será necesario el propio proceso para su completa cuantificación, por lo que la cuantía de este procedimiento es por el momento **indeterminada**.

## **III. CAPACIDAD, POSTULACIÓN y LEGITIMACIÓN.**

Mi representada tiene capacidad y está legitimada activamente en virtud de lo establecido en los **artículos 18 y 19.1.a) LJCA**.

Cumple también la parte actora el requisito de la postulación procesal establecido por el **artículo 23.1**, pues está representada por Procurador y es dirigida por Letrado debidamente habilitados para la representación y defensa de las demandantes.

La legitimación pasiva la ostenta la Administración demandada, a la que le resultan imputables los actos y actuaciones en cuya virtud se reclama (**art. 21.1.a)**.

## **IV. PRETENSIONES QUE SE EJERCITAN.**

Resulta de aplicación el **artículo 31** de la Ley Jurisdiccional:

1. *El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente.*

2. *También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.*

En el presente caso se insta tanto la **nulidad** de los actos administrativos impugnados, como determinados pronunciamientos declarativos y el reconocimiento del derecho de la actora a una **indemnización** adecuada, derivada del incumplimiento definitivo por parte de la Administración de los Convenios suscritos.

#### V. **FONDO DEL ASUNTO.**

**A) AL AMPARO DEL ART. 62.1.A) Y E) Y 62.2 DE LA LEY 30/1992, DE 26 DE NOVIEMBRE (LRJPAC): NULIDAD RADICAL DEL NUEVO PROCEDIMIENTO Y DE LA RESOLUCIÓN RECAÍDA EN EL MISMO, AL HABERSE PRESCINDIDO DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO Y POR VULNERAR EL DERECHO DEFENSA DE LA PARTE RECURRENTE, CAUSÁNDOLE INDEFENSIÓN (ART. 24 CE). INDEBIDA E INMOTIVADA DEDEGACION DE MEDIOS DE PRUEBA ÚTILES Y PERTINENTES. INFRACCION DEL ART. 80 DE LA LEY 30/1992. SUBSIDIARIA ANULABILIDAD, EX ART. 63.1 LRJAPPAC.**

El procedimiento administrativo que nos ocupa fue iniciado bajo la vigencia de la anterior *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Como es bien sabido, dicha ley fue expresamente derogada por la *Disposición Derogatoria Única* de la vigente *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, la cual entró en vigor el 2 de octubre de 2016, si bien es necesario tener en cuenta lo que establece su *Disposición Transitoria Tercera* en cuanto al régimen transitorio de los procedimientos ya iniciados bajo la vigencia de la normativa anterior:

***Disposición transitoria tercera. Régimen transitorio de los procedimientos.***

***a) A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior.***

***b) Los procedimientos de revisión de oficio iniciados después de la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán por las normas establecidas en ésta.***

*c) Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán, en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma.*

*d) Los actos y resoluciones pendientes de ejecución a la entrada en vigor de esta Ley se registrarán para su ejecución por la normativa vigente cuando se dictaron.*

*e) A falta de previsiones expresas establecidas en las correspondientes disposiciones legales y reglamentarias, las cuestiones de Derecho transitorio que se susciten en materia de procedimiento administrativo se resolverán de acuerdo con los principios establecidos en los apartados anteriores.*

En consecuencia y salvo mejor criterio judicial, sería de aplicación en el presente caso el régimen jurídico establecido en la anterior **Ley 30/1992** en todo lo que se refiere a los requisitos de los actos administrativos y a las garantías exigibles a la tramitación, así como en lo relativo a su posible nulidad y anulabilidad; por lo que, consecuentemente, invocaremos dicha normativa a los efectos de la pretensión anulatoria que se esgrime en este apartado, a saber:

#### ***CAPÍTULO II. Requisitos de los actos administrativos***

##### ***Artículo 53. Producción y contenido***

*1. Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente **ajustándose al procedimiento establecido.***

*2. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos. (...)*

#### ***CAPÍTULO IV. Nulidad y anulabilidad***

##### ***Artículo 62. Nulidad de pleno derecho.***

*1. Los actos de las Administraciones Públicas son **nulos de pleno derecho** en los casos siguientes:*

*a) **Los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.***

*b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*

*c) **Los que tengan un contenido imposible.***

*d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*

*e) **Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.***

*f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*

*g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.*

*2. También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que **vulneren la Constitución**, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.*

##### ***Artículo 63. Anulabilidad***

*1. **Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.***

*2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados. (...)*

En el presente caso, la declaración de nulidad que se insta se extiende a varios de los actos y trámites del procedimiento seguido por la Administración demandada, tras la retroacción de las primigenias actuaciones que fue ordenada por la autoridad judicial, hasta llegar a la nueva resolución de este expediente, que también se impugna:

**1. Nulidad del trámite de requerimiento de documentos a la interesada.**

El acuerdo foral que resuelve el expediente se apoya en gran medida en un trámite espurio acordado por la Administración el 9 de octubre de 2017, sin ningún soporte legal, al margen del procedimiento establecido y con el que sólo se buscaba desnaturalizar este expediente, para apartarse de la reclamación que dio origen al mismo. En el largo devenir de este asunto era ya un hecho notorio y evidente el de la **imposibilidad** de llevar a cabo el proyecto convenido, por virtud de los propios actos de incumplimiento de la Diputación Foral desde fechas muy tempranas, según se infiere de los Hechos, a los que nos remitimos. En ese contexto y como luego se fundamentará, la única solución legalmente admisible para este caso -salvo mejor criterio judicial- es la que se encuentra residenciada en el **artículo 1.224 del Código civil**, en cuanto se refiere a la facultad de la parte cumplidora de optar por la resolución contractual, incluso después de haber exigido el cumplimiento, “... cuando éste resultare imposible”. **Es el caso.**

Pero, obviamente, en la medida en que dicho precepto también contempla los efectos indemnizatorios que de dicha situación se deducen, la Administración ahora demandada trata de huir a toda costa de ese escenario inexorable y para ello mantiene el artificio de la posibilidad o viabilidad del cumplimiento actual de los convenios, lo que es a todas luces insostenible, como consecuencia de todos sus actos previos de deliberado incumplimiento de lo pactado y de implacable bloqueo del proyecto convenido. Pero el proyecto sí que era viable en su día, la Administración tiene todos los datos de ello e incluso cuenta con un Plan de Viabilidad, reseñado en los Hechos y que consta en el expediente (Hecho Tercero).

Para colmo de la incongruencia –dicho sea con todo respeto– tras este improvisado trámite consistente en exigir a mi mandante la “prueba diabólica” de lo que ya era imposible hacía mucho tiempo, desde esa hipótesis inicial de la supuesta viabilidad de cumplimiento tardío que parece querer alentar la demandada, finalmente lo que termina dando es un prodigioso salto jurídico, para llegar en el Acuerdo Foral que pone fin al expediente, al muy novedoso e imposible supuesto de la **pretendida “nulidad” de sólo dos de los tres convenios** (ello pese a tratarse en este caso de un “cuero convencional único”, como así lo ha declarado el Tribunal Supremo).

La *pirueta* que para ello se hace es tan inaceptable jurídicamente, como inconsistente, en la medida en que para declarar ahora una suerte de *nulidad sobrevenida* que legamente no es posible, ni nunca se había barajado antes, precisamente su punto de apoyo es este tan irregular trámite improvisado al que nos estamos refiriendo en este apartado. Por lo tanto, al ser ya de por sí **nulo** ese trámite, toda esa alambicada construcción se desmorona desde su base, hasta arrastrar la propia **nulidad del Acuerdo Foral** con el que se pretende dar por zanjado este asunto, sin ninguna reparación para la parte perjudicada. Nos estamos refiriendo aquí al injustificado requerimiento que, sin ningún otro trámite previo, se le dirigió a HABIDITE nada más retomarse (por mandato judicial), la tramitación del expediente de *Reclamación de Cumplimiento e Indemnización* que nos ocupa. Ya para empezar, dicho trámite, carente de todo soporte procedimental, infringía ese mandato judicial previo, que lo que había ordenado era que se le confirieran a la reclamante los trámites de audiencia, alegación y prueba que se le habían hurtado en el expediente inicial. Lejos de ello, lo primero que hace la Administración es exigirle a esta parte una actuación **de contenido imposible**, dado que imposible era acreditar la viabilidad de un proyecto que la propia Diputación Foral se había ocupado de *enterrar*.

Insistiremos aquí en utilizar esa gráfica expresión del *enterramiento* porque viene muy al caso, tanto en su sentido más literal, como en el figurado. Lo que hemos alegado (aunque de momento no se nos permite probarlo con toda su extensión y alcance) es que la vaguada sobre la que debía edificarse la factoría había sido literalmente *enterrada* bajo toneladas de escombros y residuos, y ello bien por la *negligencia* de la propia Diputación Foral o incluso con la *aquiescencia* y hasta la premeditación de los responsables forales –dicho sea siempre en términos de defensa de esta parte–, a partir del momento en el que, *por la vía de hecho*, decidieron desentenderse de las obligaciones derivadas de los Convenios, para lo cual también les convenía mucho el *enterrarlos*.

Ese *enterramiento* metafórico de los Convenios de 2006 y del Proyecto mismo se consume ya en época relativamente temprana, mediante el premeditado *retraso* en su ejecución. Consta ya una queja formal por ello en *febrero de 2009* (Folio 810 del Expediente), en la que se denuncia expresamente ese retraso, por más que en la resolución final de este expediente se haya terminado aludiendo a esto como la *mera petición de una reunión*. Las cosas son los que son y aquello constituye ya, a todas luces, una *primera intimación para el cumplimiento de los Convenios*; pero es que, sea lo que fuere, en cualquiera de los casos consta también que sólo unos pocos meses después, en *septiembre de 2009* (Folios 91 a 108), fue cuando se formalizó la *reclamación formal de cumplimiento de los Convenios* y entonces también se manejaba ya la expresa *reclamación de indemnización por el injustificado retraso del proyecto*, en los muy amplios términos que constaban en la parte petitoria de ese escrito, al que nos remitimos, por ser formalmente el iniciador de este expediente:

Dándose igualmente por requeridas y conminadas tanto la DIPUTACIÓN FORAL DE VIZCAYA, como su sociedad pública de gestión de suelo BIZKAILUR S.A., para que satisfagan a la empresa reclamante los **daños y perjuicios sufridos o que se produzcan en el futuro**, tanto por *lucro cesante*, como por *daño emergente*, incluyendo en ello el daño moral y el menoscabo en su imagen pública y empresarial, irrogado como consecuencia del retraso injustificado en la puesta en marcha del proyecto y por todas las demás actuaciones públicas realizadas desde la Diputación Foral en detrimento del proyecto y de la propia empresa.

Con ello quedaron sentadas las bases de la pretensión y de este procedimiento, ya en el año 2009 (antes de que el asunto pasase siquiera por la Comisión Europea): constatado entonces, e incluso indiscutido, el grave retraso en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en los Convenios por la Administración, la otra parte firmante de los mismos opta por exigir su cumplimiento y reclama ya una indemnización.

Estamos claramente en el marco del precitado **artículo 1.124 Cc**, conforme al régimen jurídico al que luego la Sala a la que nos dirigimos y el Tribunal Supremo corroborarían que quedan sometidos los tan repetidos Convenios. Es precisamente dicho precepto el que permite a la parte cumplidora, en cualquier momento posterior y “...aun después de haber optado por el cumplimiento...”, el pedir la resolución, cuando el cumplimiento resultare imposible. Ese es el marco legal en el que hoy se encuadra claramente este asunto y del que la Administración pretende escaparse, dado que cualquiera de los dos supuestos (exigencia de cumplimiento o resolución), lleva igualmente aparejada la indemnización de daños y perjuicios.

De la imposibilidad actual (y desde hace ya muchos años) de la ejecución de los Convenios es sobradamente consciente la propia Administración demandada, pero como le conviene evitar ese escenario inexorablemente indemnizatorio, mantiene la ficción de un posible cumplimiento presente, el cual, en su muy hipotético caso, habría de suponer una inexorable novación de los Convenios que desde luego esta parte no está dispuesta a aceptar (entre otras cosas, se nos pretende trasladar un sobre coste de nada menos que 28,5 millones de euros de adaptación de los terrenos, lo que en los Convenios era a cargo de la Diputación foral y que además ésta se ha encargado de encarecer con los vertidos en la vaguada). Esa novación pretendida e impuesta, además de romper el justo equilibrio de las prestaciones (Sinalagma), es manifiestamente contraria al propio **artículo 1.256 CC**, invocado como fundamento de las sentencias del TSJ y del TS, con lo que éstas también se incumplen.

Ya con todo esto se evidencia la vacuidad e inconsistencia del requerimiento documental dirigido a HABIDITE mediante el trámite de 9 de octubre de 2017, el cual de por sí era **nulo y contrario a derecho**, conforme a lo que ampliamente se fundamentó en el escrito de esta parte obrante en el expediente de 24 de octubre de 2017, al que nos remitimos.

En dicho escrito de parte se ponía de manifiesto la “NULIDAD RADICAL Y ABSOLUTA IMPROCEDENCIA DEL REQUERIMIENTO RECIBIDO” sobre la base de considerar que para el propósito formalmente enunciado en la comunicación recibida, de –sic– “...constatar la viabilidad actual del proyecto que sustenta los Convenios (la construcción de la factoría Habidite en Alonsotegui)...”, resultaba absolutamente **innecesario**, a la par que **jurídicamente improcedente**, el que la misma Administración que había imposibilitado con su incumplimiento previo esa “*viabilidad*” del proyecto, pretendiera trasladar al administrado la carga de tener que *documentar* lo que la propia Diputación Foral de Vizcaya podía responder por sí misma con base a los antecedentes obrantes en el propio expediente administrativo: esto es, que el proyecto ya era inviable o imposible, desde todos los puntos de vista (técnico, económico, administrativo, jurídico y hasta *político*...).

Lo que ocurre es que la Diputación Foral no quiere dar ese paso, porque sería tanto como reconocer su propio incumplimiento. Articula entonces la ficción de este espurio trámite para trasladar a la propia parte cumplidora de los Convenios la carga de *probar lo imposible*. Jurídicamente ese acto es **nulo**, como ya argumentó esta parte, en esencia por las siguientes razones básicas:

- Porque carecía de soporte legal y procedimental, al no estar previsto en el procedimiento legalmente establecido, del que además se prescinde, al no haberse conferido sin más al interesado el trámite de audiencia y prueba que sí que imponía la ley y que habían ordenado los Tribunales.
- Porque, además, quebraba los derechos del interesado, consagrados en la Ley; en particular, el de no tener que presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento o que ya se encuentren en poder de la propia Administración.
- Porque en todo caso el contenido del acto era imposible, dado que no se podía acreditar la viabilidad de algo que hacía mucho tiempo que ya no era viable, pero ello por designio de la propia actuación antijurídica e incumplidora de la misma Administración requirente.

Hay que aclarar en este punto que en la medida en que el nuevo trámite incoado por la Administración se produjo ya bajo la vigencia de la nueva Ley 39/2015, fueron los preceptos de esa norma los invocados como fundamento del aludido escrito de esta parte (en esencia, los artículos 47 y 53 de dicha ley). Ahora bien, si por virtud de la ya antes citada Disposición Transitoria Tercera, apartado a) de la nueva ley, a lo que hay que acudir es a la ley rectora del expediente inicial, las conclusiones serían las mismas, dado que estamos hablando de derechos básicos del interesado y de causas de nulidad radical que se contemplan igualmente en una y otra norma (artículos 35 y 62 de la Ley 30/1992).

A este respecto invocamos en lo menester el principio "*Iura novit curia*".

En cualquier de los casos, este acto "*de trámite*", pero que en realidad no está previsto legalmente como trámite alguno, carece de justificación y es **NULO de pleno derecho**, lo que estamos en condiciones de solicitar que así se declare al impugnar la resolución que pone fin al expediente, que también recurrimos.

**2. *Formulación de la primera propuesta de resolución, sin trámites previos de alegaciones y prueba.***

Como también hemos expuesto ya, en vez de cumplir con el mandato emanado de las dos sentencias que han supuesto la retroacción del expediente, por la vulneración previa de los derechos y garantías del interesado, la misma Administración que lo instruye introduce un trámite innecesario e ilegal, al tiempo que elude el verdadero trámite que debería haber conferido a la interesada, que era el de audiencia, alegaciones y proposición de prueba que legalmente le corresponde y que le había venido siendo denegado.

Son de invocar aquí los mismos preceptos ya citados en cuanto a los derechos y garantías del administrado y a valerse de los medios de prueba pertinentes, y ello tanto a la luz de la antigua Ley 30/1992 (artículos 35.e y 80, fundamentalmente), como a tenor de la vigente Ley 39/2015 (artículos 53.e y 77).

Sin embargo, obviando por completo esos trámites, con fecha de 28 de noviembre de 2017 se formuló una primera Propuesta de Resolución con la que ya se pretendía resolver el asunto. El cúmulo de irregularidades a ese momento ya era tal que esta parte hubo de expresarse en su denuncia y pormenorizado análisis en su extenso Escrito de 20 de diciembre de 2018, el cual, por no hacer de por sí más extenso el presente escrito de demanda, hemos de dar por reproducido en su integridad, dado que forma parte del expediente, al que nos remitimos.

De manera sintética, en lo que atañe a esta primera “*Propuesta de Resolución*” cuya **nulidad** también aquí impetramos, lo que procede reseñar es que:

- La misma se emite sin haber evacuado los trámites de alegaciones y prueba que le debían haber sido conferidos a la parte interesada. Ello es de por sí determinante de su nulidad.
- En dicha propuesta en realidad no se cumple en modo alguno el mandato de las Sentencias recaídas en el proceso judicial precedente, dado que no se contenía en la misma ninguna declaración administrativa formal de nulidad, invalidez o resolución de los Convenios.
- Tampoco se establecen, contra lo ordenado por la autoridad judicial, las consecuencias derivadas del hito extintivo o finalizador de las relaciones entre las partes, porque de hecho ese hito tampoco llega a declararse.

De hecho, tan peculiar “*Propuesta de Resolución*”, en realidad no proponía resolver nada, salvo el volver a denegar de plano la indemnización reclamada por la interesada. Es llamativa la *propuesta* en la *parte dispositiva*, donde nada se resuelve, sino que sólo “...se constata...”. Veremos posteriormente que esta tan peculiar fórmula de *resolución*, que nada resuelve, es la que luego se mantiene, en sustancia, en el definitivo Acuerdo Foral que pone fin al expediente; si bien, evidenciada ya por esta parte esa tan patente irregularidad de pretender *resolver sin resolver* –permítasenos la expresión– en esta última sí que se introduce “*ex novo*” un pronunciamiento concreto que dice ser de pretendida “*Nulidad*” de dos de los tres Convenios (¿qué ocurre con el tercero?, ¿podremos exigir ahora su cumplimiento?). Sobre la clara incongruencia e ilegalidad de ese ulterior pronunciamiento luego nos extenderemos, pero lo que sí remarcamos ya es que esto no se contenía en la primera propuesta de resolución.

Por lo que respecta a este concreto trámite que ahora nos ocupa, sólo el hecho de que se emitiera **sin haber conferido antes a esta parte los preceptivos trámites de alegaciones y de prueba**, lo hace de por sí **NULO de pleno de derecho** y ello tanto conforme al artículo 35.e) y al artículo 79.1 de la Ley 30/1992, como a tenor del artículo 53.e) y del artículo 76.1 de la vigente Ley 39/2015, dado que necesariamente deben ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución. En todo caso, como respuesta a esta peculiar propuesta de resolución, esta parte formuló las alegaciones y propuso las pruebas que constan en el expediente, a través del mismo Escrito de 20 de diciembre de 2018; pero en realidad no se han tenido en cuenta para resolver el expediente, que se terminará desviando del verdadero fondo del asunto y en el que ni siquiera se ha llegado a practicar prueba alguna. Volveremos sobre ello.

**3. Formulación de la segunda propuesta de resolución:**

**3.1. Alteración sustancial de la parte dispositiva de la resolución propuesta, sin dar trámite de nuevas alegaciones al interesado.**

Como las irregularidades denunciadas por esta parte frente a la primera propuesta de resolución eran tan palmarias, tal como esta parte puso de manifiesto al contestar a la misma, el instructor del expediente decide al parecer formular una segunda y nueva “Propuesta de Acuerdo Foral”, mediante la Resolución nº 4/2018, de 9 de febrero, del Director General de Promoción Empresarial y Desarrollo Económico de la Diputación Foral a la que se hace mención en el expediente. Decimos que *al parecer*, porque aunque se alude a ella y se reproduce en el Acuerdo Foral finalmente dictado (Folio 2203 del Expediente), lo cierto es que nunca fue notificada a esta parte con carácter previo a la notificación de la resolución que pone fin al expediente, sino que se incluye en la misma.

Esto, para empezar, supone ir contra los propios actos de la demandada, que si le había notificado a la interesada una propuesta de resolución anterior, **diferente** a la formulada con posterioridad. Esa diferencia viene sustancialmente marcada por el hecho de que en esta segunda sí que se había incluido una propuesta específica de pronunciamiento en cuanto a la validez, invalidez, eficacia o vigencia de los Convenios, cosa que sin embargo no había figurado en la primera y única propuesta de acuerdo de la que se nos había dado previamente traslado, en la cual, además, sí que se nos daba expresamente un trámite de audiencia y para que se presentasen “alegaciones y elementos probatorios”, cosa que en esta segunda ya no se hace.

Resulta bastante palmario que la Administración no tiene ningún interés en que esta parte pueda pronunciarse y proponer pruebas específicas sobre la validez y eficacia de unos Convenios (dos de los tres) que ahora por primera vez se dice que pudieran ser supuestamente “nulos”, extremo éste sobre el que no había hasta entonces ningún pronunciamiento anterior, por lo que el debate estaba limitado y constreñido a la reclamación de cumplimiento de los Convenios e indemnización que había articulado esta parte y que es la que marca el objeto del procedimiento y ahora de la presente *litis*.

Este posicionamiento novedoso de la Administración veremos que además es **incongruente** también con sus propios actos, puesto que si “lo nulo ningún efecto produce”, habrá que preguntarse entonces por el soporte legal y presupuestario de las millonarias compras de terrenos y demás actuaciones públicas efectuadas por la Diputación Foral y sus sociedades, sobre la base de unos Convenios de los que ahora se nos pretende decir que “no tienen causa”. No hemos podido hacer ninguna alegación sobre ello porque no figuraba en la primera propuesta ningún alegato de “Nulidad”.

En concreto, la propuesta de la parte dispositiva que en aquélla primigeniamente se hacía para el Acuerdo Foral de resolución del expediente, era literalmente la que sigue, tal como así obra en el expediente (**Primera Propuesta de Acuerdo Foral de 28 de noviembre de 2017**):

Por todo ello, en respuesta al requerimiento efectuado por Habidite Technologies País Vasco S.A. el 15 de septiembre de 2009, se formula la siguiente

#### PROPUESTA DE ACUERDO FORAL

1.- En relación con el requerimiento de cumplimiento de los Convenios suscritos el 15 de diciembre de 2006:

- Constatar que el primero de los Convenios (el Convenio sobre suelos) carece parcialmente de objeto como consecuencia de la Decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2012, al constituir ayudas de estado incompatibles e ilegales las condiciones que contempla de pago aplazado del precio del suelo y la no inclusión en el mismo del coste de adaptación de los terrenos para uso industrial.

No resulta posible modificar las condiciones del Convenio para su adaptación a la Decisión de la Comisión Europea toda vez que el interesado manifiesta que el proyecto de implantación de la factoría de viviendas modulares no existe ya en la actualidad. Esta circunstancia determina que haya desaparecido la causa que sustentaba la suscripción del Convenio.

- Constatar que el segundo de los Convenios (el Convenio sobre viviendas) carece de objeto dado que la Decisión de la Comisión Europea de 27 de junio de 2012 establece que la operación contemplada en el mismo. La adquisición por la Diputación Foral de 1.500 viviendas, constituye una ayuda de estado incompatible e ilegal. Por otra parte, la constatación de que el proyecto de implantación de la factoría de viviendas modulares no existe ya en la actualidad determina que haya desaparecido la causa que sustentaba la suscripción del Convenio
- Constatar que el tercero de los Convenios (el Convenio de ayudas a la formación) subordina expresamente la concesión de subvenciones a su materialización "dentro de los límites legales y previo cumplimiento y acreditación de los requisitos establecidos". En cumplimiento de esas previsiones, la Diputación Foral de Bizkaia ha concedido las subvenciones que, de acuerdo con la normativa y convocatorias aplicables, correspondía a los diversos proyectos presentados por empresas del Grupo Habidite.

2.- Rechazar las pretensiones indemnizatorias formuladas por el interesado.

3.- Dar traslado a Habidite Technologies S.A. de esta propuesta de resolución para que, en el plazo de 15 días desde su recepción, presente las alegaciones y elementos probatorios que considere de interés, poniendo al mismo tiempo de manifiesto el expediente administrativo tramitado al que podrá acceder durante ese periodo, previa petición con al menos un día de antelación, en la siguiente dirección:

Diputación Foral de Bizkaia  
Departamento de Desarrollo Económico y Territorial  
Servicio de Servicios Generales  
C. Obispo Orueta, 6  
48009 BILBAO

No vemos aquí por parte alguna los dos nuevos párrafos introducidos "ex novo" en la segunda propuesta de acuerdo foral, que no nos fue notificada antes de la resolución del expediente y en la que tampoco se nos confiere el trámite de alegaciones y prueba que sí se contenía en la primera. El propósito es evidente de **querer privar a esta parte interesada de poder manifestarse sobre esa sustancial "mutatio libelli", consistente en la introducción de una cuestión nueva** como la que se trasluce de los dos párrafos añadidos, a saber:

**Segunda Propuesta de Acuerdo Foral, de 9 de febrero de 2018:**

**(Folios 2203 y 2204 del Expediente):**

**Apartado Primero.**

**a) Convenio sobre suelos (...)**

*La ausencia de los requisitos esenciales previstos en el artículo 1.261 del Código Civil determinan su nulidad así como la imposibilidad de que produzca efectos (artículo 1.275 del Código civil).*

**b) Convenio sobre viviendas (...)**

*La ausencia de los requisitos esenciales previstos en el artículo 1.261 del Código Civil determinan su nulidad así como la imposibilidad de que produzca efectos (artículo 1.275 del Código civil).*

Estos *añadidos* sobre la propuesta inicial, en una segunda propuesta de resolución de la que no se nos da traslado para formular alegaciones, no son desde luego nada intrascendente o baladí. Suponen nada menos que explicitar por primera vez en todo el expediente ese *hito finalizador* de las relaciones entre las partes al que aludían las sentencias dictadas, pero sin deducir del mismo ninguna consecuencia, y todo ello con el sencillo argumento de considerar que lo que es nulo no puede producir efectos.

Pues bien, como se verá, ni los convenios son nulos *ex radice*, ni cabe una “nulidad” (o más bien, “inexistencia”) que pueda ser *sobrevenida*, ni es tampoco mínimamente sostenible a estas alturas el que los convenios *no hayan producido efectos*, sin que además haya sido declarada por el procedimiento legalmente establecida la nulidad de ninguno de los actos administrativos vinculados a esos convenios, empezando por su ratificación en pleno de la propia Diputación Foral y pasando por las compras millonarias de terrenos, que tampoco nos consta que se vayan a anular.

Con el debido respeto, el disparate jurídico es clamoroso y además se nos ha querido privar de poder hacer alegaciones sobre el mismo, las cuales, necesariamente se van a tener que trasladar a esta demanda, lo que no quita para que al mismo tiempo también denunciemos en la misma la patente **INDEFENSIÓN** en la que se nos ha querido colocar, al tratar de alterar de esta manera tan burda los términos del debate y ahora los de la propia controversia. Esta segunda propuesta de acuerdo foral es **NULA** por virtud del artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992; y ello arrastra también la inexorable nulidad del acuerdo adoptado sobre la base de la misma.

**3.2. Denegación de todos los medios de prueba, no acordada como tal, ni notificada a la interesada antes de la terminación del expediente.**

Es también en esta misma *Propuesta de Acuerdo Foral de 9 de febrero de 2018* (la formulada en segundo lugar, dado que antes de la primera no se nos dio trámite de proposición de pruebas) en la que se aborda por primera vez lo relativo a las pruebas propuestas por esta parte. Decimos que se aborda, pero **no se resuelve**, porque que sepamos una *propuesta de resolución* no resuelve nada, sino que únicamente propone al órgano competente la decisión a tomar. Pero vemos que éste tampoco se pronuncia al respecto y ello a tenor tanto de la propia *PROPUESTA DE ACUERDO FORAL* que consta al Folio 2.203 del expediente, como del propio *ACUERDO FORAL* que figura a los siguientes Folios 2.204 a 2.206.

**Podemos afirmar, por tanto, que ni tan siquiera existe como tal en el expediente una expresa resolución de admisión o de inadmisión de los medios de prueba propuestos, lo que de por sí es causa de nulidad, por nueva indefensión de esta parte.**

Sea como fuere, al haberse omitido y denegado *de facto* la totalidad de las pruebas en el propio procedimiento administrativo, consideramos, salvo mejor criterio judicial, que el mismo quedó así irremisiblemente **viciado de nulidad**, puesto que para resolver el expediente no se ha podido conformar la decisión con la debida valoración y ponderación de estos medios de prueba.

**Se infringe de una manera flagrante el artículo 80 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con los artículos 107, 114 y 115 de la misma ley, así como también el artículo 24 CE, al colocar a esta parte en una situación de patente indefensión.** La quiebra del derecho fundamental de esta parte a ejercitar su defensa y a valerse de todos los medios de prueba que son pertinentes (**art. 80 LRJAPPAC y art. 24 CE**) es muy notoria y clara en este caso:

**a) Sustantividad y recurribilidad independiente del preceptivo acuerdo denegatorio de los medios de prueba. Indefensión:**

El acuerdo denegatorio del recibimiento a prueba y de los concretos medios probatorios propuestos debería haberse dictado como tal, puesto que el mismo goza de una autonomía y sustantividad propias dentro del proceso; y además se tenía que haber notificado a la interesada de forma previa a la resolución del expediente, para que se pudiera articular su impugnación a través del oportuno **recurso**.

A este respecto, el **artículo 107 de la Ley 30/1992** establecía en materia de recursos lo que seguidamente se expresa:

**Artículo 107. Objeto y clases**

*1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen **indefensión** o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, **podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición**, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los arts. 62 y 63 de esta Ley. (...)*

Ahora bien, dado que la denegación de los medios de prueba se produce en nuestro caso con posterioridad a la entrada en vigor de la **Ley 39/2015**, sería entonces aplicable su régimen de recursos, según lo que establece al efecto el **apartado c)** de la **Disposición Transitoria Tercera** de la nueva ley. No obstante ello, el régimen jurídico resultante de la aplicación de la nueva ley resulta sustancialmente idéntico al precedente, por lo que se refiere al Régimen de los Recursos Administrativos:

**Artículo 112. Objeto y clases.**

*1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen **indefensión** o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, **podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición**, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley. (...)*

En el presente caso la virtual denegación del recibimiento a prueba solicitado por esta parte y de todos los medios de prueba propuestos, conculcaba claramente el **derecho de defensa** garantizado por el **artículo 24 CE**, causando así una **indefensión** manifiesta y unos perjuicios que para la recurrente han devenido en irreparables, al haberse dictado la resolución que pone fin al expediente sin posibilidad de recurso previo alguno y sin que las pruebas se practiquen.

**b) Infracción del art. 80 Ley 30/1992 y del art. 24 CE:**

Además del derecho fundamental a la defensa y a valerse de los medios de prueba pertinentes, consagrado en el **artículo 24 CE**, se infringe en este caso en el aspecto material el **artículo 80 de la Ley 30/1992:**

**Ley 30/1992, de 26 de noviembre, artículo 80:**

*1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho.*

2. Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

3. El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

c) **Falta de verdadera Motivación de la denegación de la solicitud de recibimiento a prueba y de medios probatorios.**

Dado que no hay un acuerdo como tal de denegación de medios de prueba, difícilmente puede considerarse motivada la misma. Si nos atenemos *mutatis mutandis*, a la mera propuesta de resolución, de por sí nula, en la que se alude a la cuestión probatoria, tampoco la misma cumpliría con las previsiones legales y jurisprudenciales en materia de motivación de la denegación de medios de prueba.

Sólo recoge una argumentación estereotipada y genérica para tratar de sustentar tal denegación, que de hecho no llega a acordarse. Con una espuria argumentación, que no entra a valorar realmente la pertinencia o no cada una de las pruebas en relación con el fondo del asunto (que además es muy evidente, a la vista de los hechos), se despachaba así la propuesta de resolución, para considerar que ninguna de las pruebas resultaba pertinente. La ligereza de todo ello y la falta de una verdadera motivación al respecto se deduce ya de lo expuesto. Además de ello, este modo de proceder lo que comporta es la ya denunciada nulidad radical del expediente, al haberse dictado la resolución que le pone fin **“prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido”** (art. 62.1.e LRJAPPAC).

El principio de *Interdicción de la Arbitrariedad de los Poderes Públicos* lo que implica es la imposibilidad de que los mismos puedan decidir libremente sin atender a reglas o criterios objetivos y la necesidad de que para evitar lo anterior deban justificar adecuadamente sus decisiones (**STS 4 de julio de 1986**). Ello está íntimamente conectado con la **exigencia de motivación**, pues si la decisión adoptada no está correctamente motivada tendrá como único soporte la mera voluntad o capricho de quien la adopta. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA:

*“... motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello motivar un acto obliga a fijar, en primer término los hechos de cuya consideración de parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y, en segundo lugar a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto”*

Así pues, para que pueda reputarse suficiente, ha de contener todo el proceso lógico y jurídico seguido por el órgano administrativo de que se trate para llegar a la decisión adoptada. En este sentido, cabe citar también a FERNÁNDEZ, según el cual **“En un Estado de Derecho sólo lo fundamentado y justificado en Derecho es razonable y sólo lo razonable es jurídicamente admisible. La cuestión clave es, pues, como ya tengo dicho, la motivación (...)”** (FERNÁNDEZ, T.R. De la Arbitrariedad de la Administración, CIVITAS, 3ª ed. Madrid, 1999, p.223).

El principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos exige pues que los requisitos cuya concurrencia sirve de base a la decisión administrativa resulten debidamente acreditados y justificados, y muy especialmente, **motivados**.

**d) Necesidad y pertinencia de todas las pruebas propuestas e indebidamente denegadas.**

Sin perjuicio de cuanto antecede, la pertinencia de todos y cada uno de los medios de prueba propuestos por esta parte resulta también evidente, a la luz de lo que es la verdadera materia controvertida, que no es otra que la referida al **incumplimiento** por parte de la Administración de las obligaciones derivadas para ella de los Convenios suscritos, de cuya eficacia y despliegue de efectos durante todos estos años ni siquiera cabe ahora dudar, pese al inopinado cambio de rumbo del expediente que en la resolución final del mismo se ha pretendido pergeñar (supuesta nulidad de los convenios).

Es bien sabido que **el cumplimiento o incumplimiento de los contratos es una cuestión de hecho apreciable por los Tribunales** (por todas la **Sentencia nº 87/2014 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 18 de Febrero de 2014**) para cuya acreditación, por lo tanto, son admisibles todos los medios de prueba permitidos por el ordenamiento jurídico.

Ahora, denegadas *de facto* esas pruebas en el expediente, se justificará ante la propia Sala la pertinencia de las mismas, en el **Otrosí** de esta demanda al que nos remitimos.

Por último en este apartado y como corolario del mismo, dada la trascendental relevancia que para esta parte tiene el poder valerse de los medios de prueba pertinentes, al objeto del presente proceso, invocamos al efecto la copiosa **Jurisprudencia** que se ha asentado en casos análogos, dada la trascendencia incluso constitucional, de ese derecho que asiste a la parte, incardinado en el propio **derecho de defensa** (artículo 24 CE):

**EDJ 2012/283162 STSJ Cast-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 noviembre 2012 TSJ de Castilla-La Mancha Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 21-11-2012, nº 855/2012, rec. 899/2008**

*Lo primero que hemos de decir, es que la prueba era absolutamente pertinente (...)*

*Además, en cuanto al concreto medio solicitado, la **pertinencia de la testifical solicitada** se ha reiterado por esta Sala en **Sentencias recaídas en recurso de apelación 105/03, 106/03 (95808), 9/04, 10/04 (176994) o 11/04 (177147)**, entre otras, en las que se ha dicho que **no es preciso recordar las normas que establecen que en el procedimiento administrativo son utilizables todos los medios de prueba admisibles en derecho.***

*Pues bien, uno de ellos es la declaración testifical, sin que en ninguna norma procesal vigente (y a ellas habrá que acudir para saber cuáles son los medios de prueba admisibles en derecho) se establezca que el solicitante de la prueba testifical deba someterse a practicar la misma por escrito cuando no haya una causa poderosa que impida su prestación verbal y espontánea, con la posibilidad de solicitar sobre la marcha las aclaraciones que procedan al testigo a las respuestas que vaya dando. Por otro lado, es claro que cuando la Ley 30/1992, de 26 de noviembre EDL 1992/17271 (2775 y), de Procedimiento Administrativo Común establece que se debe comunicar el lugar y hora de la práctica de las pruebas está pensando en la posibilidad de practicar pruebas orales sujetas a la inmediatez del instructor y de las partes. Sentencia de 21-5-2007.*

*Y lo segundo, que la denegación de la prueba fue, aunque expresa, genérica, sin explicar por qué, aun en el caso de que fueran cierto los hechos sobre los que se proponía, no desvirtuarían los hechos imputados; y no es válido decir que "los hechos fueron constatados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y que se formalicen en documento público...tienen valor probatorio"; efectivamente, tienen el valor probatorio de presunción, lo que no impide, como añade el precepto (137.4 de la ley de procedimiento), que se pueda demostrar lo contrario, lo que claramente se impidió al denegarse la prueba propuesta; por lo demás, es aplicable al presente supuesto la asentada doctrina de la Sala, que recoge la del **Tribunal Constitucional sobre la vulneración del derecho de defensa cuando se deniega prueba procedente, y recogida en parte en la sentencia apelada**".*

*Pues bien, si en el caso anterior se consideró que existía **vulneración del derecho de defensa**, cuanto más en el presente caso, en el que nada se dijo sobre la admisión o rechazo de la misma, y la prueba propuesta en los términos indicados, era pertinente de forma abstracta, pues de ser cierta la versión y los hechos que se defendían a través de la prueba propuesta el recurso hubiere prosperado. (...)*

*(...) en todo caso (...) tiene derecho la parte a solicitar el informe o interrogatorio del denunciante en vía administrativa, y la Administración le debe dar una respuesta motivada a la petición de prueba, admitiéndola o denegándola.*

**Con ello vulneró claramente (...) el art. 80 de la Ley 30/1992 sobre la práctica de la prueba con implicación directa del Derecho Fundamental de defensa del artículo 24 de la CE.**

**EDJ 2011/202727 STSJ Cast-León (Bur) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 4 marzo 2011 TSJ de Castilla-León (sede Burgos) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 4-3-2011, nº 137/2011, rec. 286/2010**

*Por lo que en concreto respecto a los medios de prueba, los **arts. 80 y 137 LRJ-PAC**, permiten utilizar cualquier tipo de prueba , admitida en Derecho, que pueda ser relevante pudiendo declararse improcedentes sólo aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable y la práctica de la prueba , viene regulada en el artículo 81 de la LRJ-PAC, estableciendo que la Administración comunicará a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas En la notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos para que le asistan.*

**EDJ 2002/26951 STS Sala 3ª de 26 junio 2002 Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, S 26-6-2002, rec. 1564/1997**

*(...) no existió conformidad o aquietamiento alguno por parte de la actora ante el rechazo de las pruebas que había propuesto, lo procedente es resolver si la denegación de la práctica de esos medios por la Sala de instancia implicó una **indefensión** amparable en sede casacional.*

*En este caso, como ya se ha dicho, la parte recurrente no tuvo conocimiento del Auto de 20 de diciembre de 1995, resolutorio de la súplica sobre la denegación de los medios probatorios concernidos, pero aunque se le hubiera notificado en debida forma, poco le hubiera podido ilustrar sobre los motivos por los que la Sala de instancia decidió sobre la impertinencia de aquellas pruebas , ya que la providencia que inicialmente las denegó nada motivaba y dicho Auto se **limita a rechazar de nuevo aquellos medios probatorios mediante una fórmula genérica y estereotipada que tampoco dice nada en concreto sobre las específicas razones por las que esos medios de prueba podían considerarse irrelevantes o superfluos.***

*Tal forma de proceder ha sido rechazada por esta Sala en **sentencias como la de 12 de diciembre de 2000 EDJ 2000/53841 y 24 de enero de 2001**, donde se recuerda que es necesario motivar explícitamente el rechazo del recibimiento a prueba, no siendo admisible la utilización de razonamientos más o menos estandarizados que sin un juicio de pertinencia, rechacen la admisión del recibimiento a prueba o, en su caso, la práctica de una de ellas razonablemente propuesta.*

*El **artículo 24-2 de la Constitución** garantiza el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, y si bien es cierto que ese derecho no faculta, obviamente, para exigir la admisión de cualquiera de las pruebas, correspondiendo a los Jueces y Tribunales el juicio de pertinencia sobre las mismas, no es menos cierto que dicha admisión o inadmisión, en todo caso, deberá ser debidamente motivada, no siendo admisible la utilización de meras declaraciones, abstractas y genéricas, para rechazarla.*

*Esa motivación era exigible por principio, más aún habida cuenta de que los medios probatorios propuestos no sólo no parecían, prima facie, tan manifiestamente impertinentes como para justificar su rechazo sin necesidad de una especial motivación, sino que, por el contrario, algunos de ellos ofrecen todo ese aspecto de ser relevantes para resolver el proceso de modo debidamente informado.*

*Y si a esta deficiente motivación se suma la ausencia de notificación del Auto resolutorio de la súplica y la notificación tardía de la providencia de señalamiento para votación y fallo, puede concluirse que se produjo una efectiva indefensión para la recurrente, que determina la estimación del recurso de casación, con los efectos previstos en el artículo 102-1-2º de la Ley Jurisdiccional, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior a la resolución del recurso de súplica promovido contra la providencia de 20 de octubre de 1995, sobre denegación de medios de prueba, para que dicho recurso sea resuelto mediante resolución debidamente motivada, procediéndose -en su caso- a la práctica de las que se declaren pertinentes y debiendo evacuarse a continuación nuevo trámite de conclusiones, ya que el deducido en su día se realizó ante la expectativa de una resolución de aquel recurso de súplica que no llegó a notificarse a la actora.*

**EDJ 2004/150873 STSJ Asturias Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 septiembre 2004 TSJ de Asturias Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 2ª, S 30-9-2004, nº 1040/2004, rec. 451/2001**

*(...) una vez examinado el expediente administrativo, entiende esta Sala que resulta procedente la íntegra estimación del presente recurso, pues de lo contrario se vulneraría frontalmente el derecho fundamental de la demandante a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa sancionado en el art. 24-2 de la CE (...)*

*(...) al objeto de verificar la cuantía de los daños se propuso la práctica de prueba pericial.*

***Sin practicar, ni denegar expresamente las referidas pruebas, a todas luces pertinentes, la Administración demandada dictó la Resolución denegatoria objeto del presente recurso.***

*La situación de **indefensión** de la demandante, en el aspecto probatorio, se vio agravada al ser denegadas las referidas pruebas en sede jurisdiccional por razones estrictamente procesales.*

*No obstante tal indefensión, constitucionalmente relevante, se ve subsanada por la estimación del presente recurso, que además de lo dicho se ve razonablemente fundado en lo concerniente a la realidad de los hechos descritos en la demanda, por la testifical practicada en este proceso, y por el reportaje fotográfico aportado.*

***En lo tocante a la cuantía de los daños ha de estarse a la cantidad reclamada por la parte a la que se privó de su derecho a utilizar la prueba pericial pertinente y oportunamente propuesta, que por lo demás se corresponde con el valor venal del vehículo descontando lo percibido como valor de los restos para desguace.***

**EDJ 2007/327433 SJdo. Cont-Advo. de 12 marzo 2007 Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3, Oviedo, S 12-3-2007, nº 58/2007, rec. 403/2006**

*No puede acogerse la argumentación de la Administración demandada, pues en vía administrativa guardó silencio al respecto, cuando bien pudo abrir el correspondiente periodo de prueba -art. 80.2 de la LRJ (...)-.*

*Efectivamente, si la Administración no cuestiona el relato fáctico y el importe de los daños reclamados, y que se efectúa por el recurrente en vía administrativa, y renuncia a la apertura del período probatorio impuesto legalmente cuando el instructor "no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados" (ar.80.2 LAP), no podrá la Administración poner en entredicho tales cuestiones en vía contencioso-administrativa.*

*En definitiva, bien pudo la Administración en vía administrativa acordar la práctica de aquellas pruebas que tuvieran por objeto acreditar la realidad e importancia de los daños que se invocaban por el administrado, e incluso aportar tal prueba en la presente vía contenciosa.*

*La indemnización así fijada que habrá de ser abonada a los recurrentes como reparación de los daños y perjuicios sufridos (...)*

**4. Acuerdo foral de 13 de marzo de 2018, no ajustado a derecho.**

**4.1. Irregularidades del procedimiento, determinantes de nulidad.**

Todas las irregularidades procedimentales precedentes se arrastran a lo largo del procedimiento, hasta llegar a la resolución que pone fin a la vía administrativa, la cual no subsana ninguna de esas irregularidades, sino que se basa precisamente en las mismas para adoptar dicha decisión, la cual, por tanto, es fruto de un procedimiento viciado y sin las debidas garantías.

Es preciso recordar que la Constitución Española garantiza el sometimiento de las Administraciones Públicas al procedimiento administrativo. En este sentido, dispone en su artículo 105 CE que:

***La Ley regulará (...) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.***

Como señalaba ya su propia Exposición de Motivos, la **Ley 30/1992 (LRJPAC)**, vigente en la fecha de los hechos, regulaba el procedimiento administrativo común de aplicación general a todas las Administraciones Públicas, fijando las garantías mínimas de todos los ciudadanos respecto de la actividad administrativa.

De lo anterior se deduce sin mayor esfuerzo que en su actuación cualquier Administración ha de respetar, como mínimo, las garantías procedimentales previstas por la LRJPAC. De este modo, el **Título VI** de dicha norma regulaba la estructura general del procedimiento que había de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y que se compone de los siguientes pasos: (i) iniciación (Capítulo I); (ii) ordenación del procedimiento (Capítulo II); (iii) instrucción (Capítulo III): alegaciones, medios de prueba, trámite de audiencia, en su caso, trámite de información pública; y (iv) finalización del procedimiento (Capítulo IV).

El procedimiento administrativo previsto en dicha Ley era, por tanto, el cauce necesario para la producción de actos administrativos, elevándose así a condición de validez de éstos. En consonancia con el **artículo 105 CE**, el **artículo 53** de la LRJPAC disponía que:

*“Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido”.*

En virtud de lo anterior, y de nuevo en palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA:

*“... lo que resulta para nosotros relevante en este momento es que el acto administrativo no puede ser producido de cualquier manera, a voluntad del órgano a quien compete tal producción, sino que ha de seguir para llegar al mismo un procedimiento determinado” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. Curso de Derecho Administrativo I, Ed. Civitas, Madrid 2011, p. 586).*

Tal y como reiteradamente viene señalando también nuestra Jurisprudencia, el procedimiento garantiza a la vez la posibilidad de acierto y eficacia en la Administración y en los derechos de los particulares afectados por los actos administrativos. Resulta patente que el Acuerdo de la Diputación Foral de Vizcaya desestimando la reclamación presentada por HABIDITE fue dictado con una clara, manifiesta y ostensible omisión del procedimiento legalmente establecido, lo que determina su nulidad de pleno Derecho o, cuanto menos, un grave defecto formal determinante de anulabilidad por la profunda indefensión generada.

**En virtud de lo expuesto, procede declarar la nulidad de tal Acuerdo Foral, de conformidad con lo previsto en el artículo 62.1.e de la LRJPAC; o, en todo caso, subsidiariamente, su anulabilidad conforme al artículo 63.2 de dicha norma, por su vulneración del ordenamiento jurídico.**

**4.2. Incumplimiento de las Sentencias del TSJ del País Vasco y del Tribunal Supremo**

Amén de por todo lo expuesto, el Acuerdo Foral impugnado sigue sin satisfacer los requerimientos derivados de las dos sentencias judiciales precedentes, la dictada por la misma Sala del TSJ a la que nos dirigimos y la del Tribunal Supremo que la confirma en lo sustancial. Las tan repetidas sentencias que venimos invocando lo que ordenaban a la Administración no sólo era seguir formalmente un nuevo trámite procedimental, con arreglo a derecho –lo que ya hemos visto que no se ha cumplido– sino que también le imponía hacer una serie de pronunciamientos específicos (Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 25 de mayo de 2017):

*“En fin, en este caso, como dice la sentencia recurrida, bien que no se trate de exigir la recuperación de ayudas -que la Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2012 no impone-, el ámbito de la decisión interna iría aún mucho más lejos puesto que afectaría, por un lado, a la privación de parte de los efectos económicos de los Convenios, y, por otro, a la eventual subsistencia de otras determinaciones y pactos, con declaraciones de invalidez, convalidación y, en su caso, resolución, en función de todas las conexiones internas que de dicha Decisión se pudieran derivar. Todo cabría, en suma, previas las audiencias y alegaciones pertinentes y con una directriz procedimental expresa, salvo decidir de plano la pura e inexplicada inejecución.”*

En realidad, lo que ahora ha hecho la Administración Foral es volver a rechazar de plano las pretensiones de la interesada, pero sin seguir un verdadero procedimiento, dado que vuelve a soslayar trámites tan fundamentales como el que se refiere a la admisión y práctica de las pruebas.

Pero es que además de ello, ya en el último trance de decisión del expediente, lo que la Administración hace es alterar los términos del debate e introducir cuestiones nuevas, como es la de la supuesta “Nulidad” de dos de los Convenios, obviando además que las Sentencias recaídas habían dejado establecido que estamos en presencia de una “Cuerpo Convencional Único” (extremo que incluso había llegado a sostener en otro momento la propia Diputación Foral), por lo que además se da un vicio de incongruencia omisiva al deja irresoluta la situación relativa al Tercer Convenio.

Es obvio que con ello no sólo se aparta de la pretensión debatida y de la causa de pedir de este concreto expediente, que es la misma desde la reclamación del año 2.009 y que se concreta en la exigencia de cumplimiento de los convenios e indemnización de daños y perjuicios. Es decir, una cuestión de cumplimiento o incumplimiento, no de nulidad o inexistencia por “*falta de causa*”.

**4.3. Improcedencia de la declaración de nulidad de dos de los Convenios, sin haber seguido el procedimiento de revisión de oficio de actos de la Administración.**

Además de lo recién expuesto, resulta ser que la Administración no puede ahora adoptar, sin más, una resolución de declarativa de nulidad como la que tan tardía e improcedentemente enarbola en el Acuerdo Foral impugnado, sin haber seguido para ello el procedimiento establecido.

En esto la doctrina judicial y la científica son absolutamente concluyentes y es de traer nuevamente a colación todo lo ya dicho en cuanto a la exigencia inexcusable del procedimiento administrativo para la validez de los actos. En este sentido:

**EDJ 2008/229474 STSJ Castilla y León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 5 junio de 2008**

*La resolución de este litigio que se centra en esencia en determinar si la parte actora tiene derecho a la compensación que solicita o el pago del coste de la urbanización que reclama que traen causa de los sucesivos convenios urbanísticos a los que antes se ha hecho referencia. Para ello es preciso tomar como punto de partida la validez y eficacia de los convenios urbanísticos aprobados por el Pleno de la Corporación municipal en fecha 6 de abril de 1990 y en fecha de 25 de marzo de 1994. (...)*

*(...) no se entienden admisibles las consideraciones vertidas en el acto impugnado y en la contestación a la demanda sobre la pretendida nulidad o inexistencia de los citados convenios urbanísticos, pues la nulidad no puede ser esgrimida ni en el expediente administrativo en el acto resolutorio de las pretensiones vertidas por el interesado, ni a modo de excepción en una contestación a la demanda, sino que ha de ser objeto de declaración por el procedimiento de revisión de oficio de los actos administrativos declarativos de derechos de conformidad a lo establecido en los artículos 102 y 103 de la Ley 30/92. Por otra parte la propia existencia y validez de los citados convenios es presupuesto de la aprobación de la Modificación Puntual de las Normas Subsidiarias de planeamiento municipal aprobadas por la Comisión Provincial de Urbanismo en sesión de 20 de noviembre de 1997 a las que antes ha hecho referencia. (...)*

La *identidad de razón* con el caso que nos ocupa es tal que poco comentario merece el asunto. Es patente que **la Diputación Foral no ha seguido para declarar esa pretendida “nulidad” de dos de los Convenios, ni el procedimiento antes previsto en la Ley 30/1992, en sus artículos 102 y 103, ni tampoco, tras su entrada en vigor, el ahora establecido en la Ley 39/2015, en sus artículos 106 a 111.**

**Tampoco se han anulado por ninguno de esos cauces ninguno los actos administrativos de ratificación y de ejecución de los Convenios.**

Como nos enseña la doctrina, el artículo 106 LPACAP no ha supuesto prácticamente novedad alguna en lo que se refiere al procedimiento revisión de oficio *stricto sensu*, salvo la lógica previsión de la sustitución de la referencia a los supuestos de nulidad de pleno derecho recogidos en la actualidad en el artículo 47 LPACAP (antes en el artículo 62 LRJPAC), así como los preceptos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, recogidos ahora en los arts. 32.2 y 34.1 de la Ley 40/2015 (antes arts. 139.2 y 141.1 LRJPAC). No obstante, ha de destacarse la ampliación del plazo para la resolución del procedimiento de revisión, por similitud con los demás procedimientos administrativos, que ahora pasa a ser de seis meses en vez de tres meses, tal como se recoge en el apartado quinto del art. 106 LPACAP, frente al viejo art. 102.5 LRJPAC. Otra novedad que se recoge en la Ley 39/2015 en esta materia, es la del artículo 35.1 b) donde se incluye como acto administrativo que debe ser objeto de motivación el acto que resuelva un procedimiento de revisión. No se limita el uso de ese requisito a un tipo concreto de procedimiento de revisión, por tanto, en buena lógica, la motivación se deberá observar tanto si se trata de la revisión prevista en el artículo 106, como si deriva de una declaración de lesividad (art. 107 de la Ley 39/2015), o se acuerda la revocación (art. 108 de la Ley 39/2015).

Según GARCÍA TREVIJANO, las normas sobre revisión de oficio de los actos administrativos y, en particular, la Ley de Procedimiento Administrativo, constituyen reglas especiales que permiten, en contra del principio general de que nadie puede ir contra sus propios actos, anular efectivamente actos propios, siempre que concurren determinadas condiciones, y mediante un procedimiento establecido al efecto. Asimismo, GONZÁLEZ PÉREZ señala que la nulidad de los actos administrativos podrá declararse en los procedimientos generales de revisión. La Ley regula pues un procedimiento extraordinario de revisión que podrá instarse al margen de los plazos que la propia Ley establece para incoar los recursos administrativos sujetos a plazos fugaces de caducidad.

De acuerdo con el artículo 102 LRJAPPAC, por la que entendemos que se rige este expediente, las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1 de la misma ley.

A tal respecto, el Tribunal Supremo recuerda en su Sentencia de 21 de mayo de 2009 que:

*“(…) el trámite de revisión de oficio por parte de la Administración de los actos considerados nulos de pleno derecho ha de ajustarse a un procedimiento distribuido en dos fases: la apertura del expediente que ha de tramitarse con arreglo a las disposiciones del Título VI de la Ley 30/92 sin excluir la intervención del Consejo de Estado o del organismo consultivo de la correspondiente Comunidad autónoma, y la fase resolutoria de la pretensión de declaración de nulidad del acto; de suerte que si, ya sea de modo expreso o presunto, la Administración deniega la apertura del expediente de revisión (como en este caso ocurre) lo procedente será que se acuda a la Jurisdicción contenciosa para que ordene a la Administración que inicie el trámite correspondiente a la segunda fase y se pronuncie expresamente sobre si realmente existe la nulidad pretendida.”*

**Nada de esto ha tenido lugar en este caso. Por lo tanto el pronunciamiento de pretendida “nulidad” de los Convenios debe tenerse por no puesto y no cabe que sea materia de debate, ni en la sede administrativa, ni en la judicial.**

En todo caso, incluso en la hipótesis de una eventual declaración de nulidad, articulada en forma y acordada conforme a derecho –lo que no es el caso– la Administración tampoco puede desentenderse de las consecuencias indemnizatorias que a ello cabe anudar.

La propia Ley 30/1992 ya disponía a este respecto que las Administraciones públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto podrían establecer en la misma resolución las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de esa misma Ley. Lo mismo viene a establecer sustancialmente ahora el artículo 106.4 de la vigente Ley 39/2015, con remisión en este caso a los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Es sabido que todos esos preceptos lo que regulan es la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, lo cual **tampoco es la materia del presente procedimiento** y además tiene asimismo **su propio procedimiento específico**.

Queremos con todo ello decir que lo que no cabe aquí es que la Diputación Foral sostenga ahora que unos Convenios que estaba vigentes y en aplicación desde el año 2006 hayan devenido súbitamente como nulos y sin efecto alguno y que además de ello no se extraiga ninguna consecuencia reparatoria para el interesado.

Eso es justo lo contrario de lo que el Tribunal Supremo y el TSJ han resuelto y ordenado para este caso. Una vez más esto abona que con el expediente tramitado lo que la demandada pretende es nada menos que eludir el mandato judicial.

**B) PROCEDENCIA Y DEBIDA JUSTIFICACIÓN DE LA RECLAMACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LOS CONVENIOS Y DE INDEMNIZACIÓN, DE DAÑOS Y PERJUICIOS, POR IMPOSIBILIDAD DEFINITIVA DE SU CUMPLIMIENTO (art. 1.124 Cc).**

La nulidad radical que en primer término se plantea necesariamente en esta demanda podría llegar a comportar una nueva “retroacción” de este procedimiento al momento en que se produjeron las irregularidades y las infracciones generadoras de indefensión. No obstante ello, dado el ya muy largo *peregrinaje jurisdiccional* que viene padeciendo esta parte, consideramos más procedente y acorde a la *Tutela Judicial Efectiva* el que sea ya el órgano judicial el que definitivamente corrija en el propio proceso todas esas deficiencias, dejando sin efecto la resolución dictada en el expediente para en su lugar, tras la práctica en sede judicial de todas las pruebas inadmitidas a la parte recurrente, terminar de resolver este asunto en cuanto al fondo, en el sentido de acoger la pretensión indemnizatoria de la parte actora, dado que concurren todos los requisitos y elementos legales y jurisprudenciales para ello, lo que analizaremos seguidamente.

**1. Régimen jurídico de los Convenios.**

La **Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2017** por la que se desestimó en lo sustancial el recurso de casación número 3652/2014, interpuesto por la Diputación Foral de Vizcaya en relación con esta reclamación, comienza por reproducir y hacer suyos los razonamientos de la **Sentencia del TSJ del País Vasco de 19 de septiembre de 2014**, en lo que se refiere al régimen jurídico de los Convenios, de lo que ya se había resuelto que

*“En este sentido se destaca que, si bien tales convenios de la Administraciones Públicas con particulares quedan excluidos del régimen de contratación administrativa, (artículo 3.1.d) TR de la LCAP 2/2.000, de 16 de Junio, vigente en el momento de su formulación, o después el artículo 4º de la LCSP 30/2.007), siempre quedan sometidos a los principios de la legislación de contratos en las materias no reguladas, - artículo 3.2. T.R-; a los de la legislación administrativa común, -así, artículos 6.3, 8.3 y 88 LPAC -, y en último extremo, a los principios del supletorio derecho contractual privado, que impide que la validez y eficacia quede al arbitrio de una de las partes. - artículo 1256 CC -.”*

La ya tan citada y repetida Sentencia de nuestro Alto Tribunal de 25 de mayo de 2017, hace expresamente suyas todas esas consideraciones de la resolución del TSJ, en los términos literales siguientes (*Fundamento de Derecho Séptimo*):

*“... La resolución del Tribunal Superior de Justicia realiza una correcta interpretación del régimen civil supletorio aplicable a los convenios. Y es que, dado que el Acuerdo de 17 de julio de 2012 determinaba la extinción de la relación entre las partes y la finalización inmediata de los convenios, la adopción del mismo prescindiendo de trámites esenciales y con graves defectos de motivación, constituyó de manera efectiva una vulneración del artículo 1.256 CC al dejar el cumplimiento de los acuerdos suscritos al arbitrio de una sola de sus partes, que unilateralmente, y sin oír a la otra parte contratante, decidió concluir con la aplicación de los mismos.*

*El Acuerdo de la Resolución Foral desestima de plano la aplicación de los tres convenios, basándose en el contenido de la Decisión de la Comisión Europea, pero sin entrar siquiera a valorar las implicaciones y los términos de la misma. En este sentido, resulta igualmente aplicable a la cuestión el artículo 1.258 CC que establece que los contratos obligarán no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Se ampara la DFB en el contenido de dicho artículo para defender que su decisión desestimatoria fue adoptada en cumplimiento estricto de la normativa comunitaria, dado que la estimación de las peticiones de cumplimiento convencional, hubiera sido contraria al contenido de la Decisión de la Comisión.*

*No obstante, la remisión a la Decisión de la Comisión Europea así realizada, como único soporte para fundamentar la resolución desestimatoria, resulta insuficiente, al acordarse la finalización sin más de los convenios omitiendo cualquier posible análisis del contenido específico de la Decisión y de las implicaciones concretas que de la misma pudieran derivarse para el supuesto en cuestión.*

*En todo caso, nos remitimos a la indicada Decisión de la Comisión de 27 de junio de 2012 reiteradamente invocada y cuya parte dispositiva hemos transcrito en el fundamento de derecho segundo, apartado 5).*

*Así, debe resaltarse que la Decisión de la Comisión Europea declaraba ilegales las ayudas de estado contenidas en los convenios por no haber sido correctamente notificadas de acuerdo con lo establecido en el artículo 108 del TFUE -defecto éste en ningún caso achacable a HABIDITE-, así como declaraba incompatible con el Tratado la ayuda del Convenio sobre Viviendas, admitiendo en cambio como compatible con el Tratado la ayuda contenida en el Convenio sobre Suelos hasta un importe autorizable de 10,5 millones, sin pronunciamiento de ningún tipo sobre el Convenio Tercero.*

*En definitiva, el Acuerdo resolutorio incumple la exigencia de conformidad a la ley en la ejecución de los convenios consagrada en el artículo 1.258 del Código Civil, pues amparándose en una Decisión Comunitaria, adopta de plano una disposición denegatoria, sin razonamiento ni análisis de las consecuencias que podrían derivarse de dicha Decisión de la Comisión, ni de las posibles respuestas o alternativas que en su caso podrían haberse adoptado.*

*Del nuevo nos remitimos a lo que hemos dicho en el fundamento de derecho quinto sobre el esencial motivo quinto del recurso.*

*En definitiva, la Administración contratante acuerda unilateralmente la terminación convencional, **sin analizar debidamente las repercusiones e implicaciones de la Decisión** de la Comisión sobre el caso concreto y sin oír siquiera al particular afectado por tal finalización. (...)*”

Nos hemos remitido en extenso a estas importantes resoluciones judiciales, dictadas en este mismo asunto, con efectos de la **Cosa Juzgada** (material y formal) y que vinculan el alcance del propio proceso, porque nos parece el mejor modo de **invocar los preceptos sustantivos que fundamentan la pretensión indemnizatoria de esta parte** y que son los mismos cuya cita fuimos adelantando sucintamente, a modo indicativo, junto con cada uno de los hechos que a su vez sustentan constitutivamente dicha pretensión, que damos por reproducidos.

Amén de ello, en cuanto al régimen jurídico de este tipo de relaciones convencionales con la Administración, podemos citar también la misma sentencia antes mencionada (al referirnos a la improcedencia de declarar la nulidad de los Convenios sin haber seguido el procedimiento de revisión establecido al efecto) así como la **Jurisprudencia del Tribunal Supremo** que en la misma se cita (se refiere concretamente la sentencia a los llamados *Convenios urbanísticos*, pero a tenor de lo que aquí ya se ha resuelto entendemos que puede invocarse en este caso la misma doctrina judicial):

**EDJ 2008/229474 STSJ Castilla y León (Vall) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 5 junio de 2008**

*El estudio de la cuestión debatida en este recurso tiene como punto de partida la concreción de que **las pretensiones vertidas en la demanda tiene una fundamentación de contenido obligacional contractual que se basa en la normas recogidas en esa materia en el Código Civil**. Por tanto, el estudio de las pretensiones de la parte actora ha de efectuarse en relación con el contenido obligacional de los convenios urbanísticos a los que se refiere este litigio. De este presupuesto se deriva la improcedencia de atender a la fundamentación de origen legal o cuasicontractual, que de forma subsidiaria y para el supuesto de que se aprecie la concurrencia de algún vicio invalidante en los Convenios urbanísticos se alega en la demanda para justificar la estimación de las cantidades reclamadas.*

*En este planteamiento inicial se estima de interés resaltar las **contradicciones** en que incurre la motivación interna de acto impugnado pues por una parte sostiene la nulidad de determinados actos y convenios jurídicos y por otro lado la válida novación extintiva de los mismos mediante un acuerdo verbal entre la actora y el Ayuntamiento demandado.*

*Como se ha indicado, **planteada en la demanda una acción de responsabilidad contractual derivada de diversos convenios urbanísticos que se han ido renovando sucesivamente** interesa en este punto recordar la **doctrina jurisprudencial** recaída en torno al carácter obligatorio de los convenios urbanísticos.*

Así se recuerda el criterio mantenido por el **Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de marzo de 1997 EDJ 1997/1636**, que expone que los convenios urbanísticos no suponen límite para el ejercicio de las potestades de planeamiento sino significa que el apartamiento de sus previsiones puede tener **consecuencias indemnizatorias**. Y se recoge en la **sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1994**, que cualquiera que sea el contenido de los acuerdos a que el Ayuntamiento llegue con los administrados la potestad de planeamiento ha de actuarse siempre en aras del interés general y según principios de buena administración para lograr la mejor ordenación urbanística posible sin perjuicio de las consecuencias indemnizatorias que, ya en otro terreno, pueda desencadenar, en su caso el apartamiento por parte de la Administración o de los administrados de convenios urbanísticos previos o preparatorios de un cambio de planeamiento.

Con relación a los convenios urbanísticos la **sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1989 EDJ 1989/4572** dice "... nos hallamos ante un vínculo contractual del que, por derivar derechos en favor de terceros (los recurrentes en instancia) no le es dable desligarse por su sola y exclusiva voluntad (**artículo 1256 del Código Civil**); y no se aleguen las facultades modificativas de la Administración, por cuanto, con independencia de que ello comporta siempre la indemnización pertinente ello sólo es actuable en razón a un interés público constatado y no por la mera y demostrada existencia de un error en el vínculo que se trata de alterar". Y la **sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2006 EDJ 2006/48837** en cuanto a la naturaleza de los convenios urbanísticos, recuerda que: "**el convenio impugnado no es una mera declaración de intenciones, sino un auténtico contrato**"..."no hay, pues, actos de trámite alguno, sino un contrato decidido en firme que (cree o no derechos u obligaciones para terceros), los produce para las partes contratantes, que es lo lógico y esencial de los contratos, según el artículo 1257 del Código Civil "... Nos encontramos, pues, en presencia de un convenio urbanístico al que debemos considerar como un instrumento de acción concertada entre la Administración y los particulares que asegura a los entes públicos una actuación urbanística eficaz, la consecución de objetivos concretos y la ejecución efectiva de actuaciones beneficiosas para el interés general, siendo su finalidad la de complementar las determinaciones legales en materia de urbanismo, posibilitando el acuerdo de las partes afectadas por el planeamiento, eliminando puntos de fricción y los obstáculos que pueda ocasionar una determinada actuación urbanística. Y, más en concreto visto el contenido del mismo, nos encontramos en presencia de un convenio de planeamiento aunque contemple extremos propios de su ejecución. **Lo importante es que el expresado convenio urbanístico ha vinculado las partes que lo concertado en los términos que señala el código civil al quedar establecida con claridad suficiente el acuerdo de voluntades alcanzado...**".

## **2. Vigencia y eficacia de los Convenios e inexistente nulidad.**

Partiendo de ese indiscutible marco normativo y en la medida en que, en el último momento, la Administración demandada ha tratado de alterar los términos del debate, introduciendo *ex novo* un alegato de invalidez, al margen de todo lo previamente expuesto sobre la improcedencia de ese postrero posicionamiento, procede salir al paso del mismo a la luz de la propia normativa civil aplicable al caso, según todo lo recién expuesto.

Para empezar y como en la sentencia que recién hemos citado, se asiste a una patente **contradicción** en la postura de la demandada, cuando por una parte ha pretendido mantener la viabilidad actual de los Convenios, bajo ciertas premisas y novaciones que ella misma impone (lo que es contrario al **art. 1.256 Cc** citado en las sentencias) y por otro lado nos viene a decir ahora que dos de los Convenios “*carecen de causa*” y que por lo tanto no pueden producir efectos. Ontológicamente **una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo**, salvo bajo la *lógica cuántica*, pero aquí no se aplican las normas de esa física, sino las del Código civil.

Pues bien, desde un punto de vista de lo normativo, ya hemos aludido al viejo principio latino conforme al cual “*NULLA NULLUM EFFECTUM PRODUCIT*”, o dicho de otro modo, que la nulidad radical es algo que opera “*EX TUNC*”, no “*EX NUNC*”. Pero es que incluso, en el plano de la pura realidad y hasta en el de las leyes físicas – permítasenos la licencia– parece que la demandada pretende ahora hasta negar la *causalidad*, cuando dice que *no puede producir efectos* algo que los lleva desplegando durante al menos los últimos diez años. Ocurre, en puridad, que en la resolución dictada lo que se confunde clamorosamente es la *nulidad* de los contratos, con la propia *existencia* de los mismos, a tenor de lo que dispone el **artículo 1.261 Cc**:

**Artículo 1261.**

*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

*1º Consentimiento de los contratantes.*

*2º Objeto cierto que sea materia del contrato.*

*3º Causa de la obligación que se establezca.*

Es evidente que **todos los elementos esenciales de los Convenios concurrían en el momento de su firma y todavía concurren, incluida su “causa”**. ¿O es que la propia Administración ha venido actuando, dictando actos y haciendo inversiones sin causa alguna habilitante?

Tampoco es que proceda el entrar aquí en un debate profundo en cuanto a la pretendida *nulidad sobrevenida* que ahora parece que se sostiene de contrario, dado que tampoco hemos visto que la demandada vaya a dejar sin efecto todas las consecuencias evidentes desplegadas por los propios Convenios, lo que incluiría la anulación de las compras de terrenos y de todos los planes e instrumentos urbanísticos aprobados, entre otras cosas. Ni puede, ni pretende hacerlo, por lo que ese debate es estéril. Lo que concluimos en este punto es que **los Convenios no han sido legamente anulados, ni por la propia Administración, ni por ningún Órgano judicial, por lo que desde la premisa inexorable de su vigencia lo único que hay que dilucidar es si han sido o no cumplidos**.

**3. Incumplimiento de los Convenios por parte de la Administración demandada.**

Los hechos relatados en la demanda reflejan de manera inexorable que desde época muy temprana la Administración acumuló importantes **retrasos** en la ejecución de sus obligaciones convencionales. Ocioso es volver a recordar que la **morosidad** en el cumplimiento de las obligaciones es una forma de incumplimiento, que genera responsabilidad, a tenor del **artículo 1.101 Cc.**

**Artículo 1101.**

*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en **dolo, negligencia o morosidad**, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.*

Este incumplimiento ya se denunció por la parte cumplidora HABIDITE, en el año 2009, antes de que se dictara Decisión alguna por la Comisión Europea y mucho antes todavía de que esa decisión deviniera firme, lo que no ha ocurrido sino hasta el año 2016. En efecto, por esos retrasos ya reclamó indemnización la reclamante en el escrito que dio origen a este expediente; y lo que ha ocurrido a lo largo del tiempo es que esos retrasos se han convertido en un **incumplimiento definitivo y sustancial**, en el cual se ha dado cita además la **negligencia** y es muy probable que hasta el **dolo** de los responsables de la Diputación Foral.

En sintonía con todo ello, en su *Fundamento de Derecho Octavo* la tan repetida Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictada en el seno de este asunto lo que señala es que (el remarcado es nuestro):

*“... El Acuerdo de 17 de julio de 2012, al desestimar de plano la ejecución de los convenios, sí que **dejaba a HABIDITE en una posición más desfavorable que la que ostentaba al tiempo de presentar la reclamación.***

***El Acuerdo resolutorio adoptado por la Diputación Foral no cumple con los requisitos de congruencia exigibles en toda resolución administrativa, pues partiendo de una petición de cumplimiento convencional, la Administración suspende el procedimiento y posteriormente alza la suspensión y resuelve sin más trámite, sobre la base de una Decisión de la Comisión Europea que sin embargo versa únicamente sobre dos de los convenios suscritos.***

*De nuevo, en conexión con lo que hemos dicho al examen del motivo quinto, **dadas las relevantes consecuencias de la finalización de los convenios para el particular contratante**, la Administración debió al menos conferir trámite de alegaciones antes dictar su resolución, así como motivar suficientemente la misma, analizando pormenorizadamente las circunstancias del caso concreto, y evaluando en su caso, la posibilidad de instrumentar un procedimiento para la aplicación de la Decisión Comunitaria que causara un menor impacto en el particular.*

*Así, hemos de reiterar, que las ayudas contenidas en los convenios son declaradas ilegales por la Comisión por no haber sido comunicadas oportunamente por la Administración pública, cuestión ésta de la que no puede responsabilizarse al administrado, que sin embargo ve totalmente frustradas sus expectativas por el poco diligente comportamiento de la administración, siendo que, de haber sido dichos convenios comunicados en tiempo y forma, las ayudas del Segundo Convenio sí hubieran sido admitidas como compatibles con el Tratado fundacional hasta un límite de 10,5 millones de euros. ...*

No parece nada difícil colegir de todo ello un expreso reproche de **negligencia** que se dirige frente a la Diputación Foral, cuando lo que se dice es que de nada de esto es responsable el propio Administrado. Por ello venimos sosteniendo que en su conjunto, la actuación de la Administración es generadora de responsabilidad, y en lo que aquí nos atañe, ello se proyecta en el plano del incumplimiento contractual.

**En cualquiera de los casos, la más somera lectura del propio Acuerdo Foral lo que denota es que los principales compromisos y obligaciones convencionales de la Administración siguen todavía sin cumplirse (Folios 2.195 a 2.197 del Expediente). A estas alturas ese incumplimiento sólo puede reputarse como definitivo, en la medida en que, en términos de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, lo que se aprecia es una postura constante y “deliberadamente rebelde al cumplimiento”.**

**4. Imposibilidad actual del cumplimiento y obligación de indemnizar (ex art. 1.124 Cc)**

Aunque por parte de HABIDTE, como parte cumplidora (ni se duda, ni se ha dudado nunca que lo sea), se optara en su día por exigir el cumplimiento, en las circunstancias actuales el mismo ha devenido por completo **imposible**. No hay terrenos suficientes, ni adquiridos, ni expropiados, ni suelos adaptados, ni instrumentos urbanísticos, ni proyectos técnicos actualizados, ni voluntad política de llevar a cabo este proyecto. Hablar hoy en día de su ejecución es una notoria quimera, que se deduce hasta de la propia resolución dictada, en la que se pretende llamar *nulidad*, a lo que en realidad es imposibilidad actual de ejecución.

La cosa resulta bastante notoria, pero es que ni siquiera se nos ha permitido desplegar prueba alguna sobre el particular, lo que incluiría los informes de los técnicos, las declaraciones de los testigos y las de los propios responsables forales en la época de los hechos. No se podrá hacer pechar a esta parte con la falta de unas pruebas que ha pedido y que no se han practicado. Por el contrario, lo que debería considerarse es que la Administración no discute este hecho.

El fundamento de jurídico de nuestra pretensión se incardina pues en el **artículo 1.124 del Código civil:**

*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.*

*El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.*

*El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.*

*Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.*

<p><b>5. <u>Determinación de los daños y perjuicios.</u></b></p>
--

Conforme a lo que dispone el **artículo 1.106 Cc**, la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.

En este apartado hemos desgranado ya en los propios hechos, así como en el expediente, al alcance de los daños y perjuicios sufridos por HABIDITE a consecuencia del clamoroso incumplimiento contractual de la Diputación Foral de Vizcaya, en lo que atañe fundamentalmente al **Daño Emergente**, en lo que **nos remitimos a los Hechos**.

Es menester sin embargo el profundizar en este punto en dos concretos apartados de la pretensión indemnizatoria de esta parte actora que tiene más un componente jurídico. Nos referiremos al **Lucro Cesante** y al **Daño moral y en la imagen pública y empresarial** de HABIDITE que expresamente se incluyeron en la reclamación de 2009 y que tampoco hemos tenido oportunidad de justificar, debido a la denegación de todo medio de prueba en el expediente.

○ **Lucro Cesante:**

Sin duda es siempre este un concepto reclamatorio muy difícil de cuantificar, más en este caso en el que no se nos ha permitido prueba alguna al respecto (no obstante lo cual la seguiremos solicitando en esta sede, con arreglo al **Otrosí**).

La remisión en este punto al régimen civil de los contratos tampoco ayuda en este caso a resolver el asunto. En un caso como el que nos ocupa, la única referencia normativa a la que podríamos acudir, por vía analógica, podría ser la del **artículo 1.594 del Código civil**, en cuanto se refiere al desistimiento unilateral del dueño de una obra cuando esta ya se haya empezado.

*El dueño puede desistir, por su sola voluntad, de la construcción de la obra aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella.*

En efecto, aunque no se trate propiamente en este caso de la ejecución de una obra, en sentido estricto, lo cierto es que sí que estábamos en presencia de la ejecución de un proyecto, que el mismo se había iniciado (por ambas partes) y que, a la postre, la Administración ha venido a *desistir*, por la vía de hecho, de su conclusión, de una manera unilateral. En ese contexto, es muy legítimo que HABIDITE también reclame “todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener”, lo que nos lleva de nuevo al daño emergente y al lucro cesante, este último como utilidad o ganancia dejada de obtener.

Pero el problema vuelve a quedar sin resolverse en la vía civil, en orden a la cuantificación de este último concepto. Paradójicamente, a falta en dicho ámbito de una regulación específica para supuestos como el presente, a lo que normalmente se suele acudir es a la normativa sobre **Contratos del Sector Público** para colmar esa laguna, dado que en dicho ámbito sí que se regula. Nos referimos a las previsiones contenidas en el **artículo 246.4** de la vigente **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público**:

*4. En caso de desistimiento una vez iniciada la ejecución de las obras, o de suspensión de las obras iniciadas por plazo superior a ocho meses, el contratista tendrá derecho por todos los conceptos al **6 por cien** del precio de adjudicación del contrato de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose por obras dejadas de realizar las que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas y las que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran ejecutado.*

La anterior referencia es sencilla y adecuada, en tanto que responde a una cuantificación legal del perjuicio y del concepto de beneficio industrial.

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupado, sobre un importe indiscutido de inversión de 55.000.000 euros, asignada a este proyecto, el cálculo arroja una cantidad a reclamar de **3.300.000 euros**.

○ ***Daño moral y en la imagen pública y empresarial de HABIDITE.***

Si complejo resulta ponderar con criterios objetivos el apartado precedente (no obstante lo cual creemos haberlo hecho en términos muy razonables, salvo mejor criterio judicial), más dificultoso será ponderar lo imponderable, como es el concepto al que se refiere este apartado, el cual estaba expresamente recogido en la reclamación de esta parte iniciadora del expediente, según ya hemos visto. En este aspecto tan naturalmente sujeto a la prudencia y a la **sana crítica** del órgano judicial, esta parte se someterá al criterio del mismo, si bien no puede dejar de apuntar algunas bases de ponderación igualmente razonables.

A estos efectos, consta en las actuaciones el estudio e informe técnico que coetáneamente a aquella reclamación, elaboro la prestigiosa firma consultora CAPGEMINI, en el cual, sobre la base de los datos objetivos disponibles en aquella época, se estableció una valoración del negocio de HABIDITE en un rango de magnitud entre 290 y 340 millones de euros:

**Rango de valor de la empresa entre 290 y 340 M €, lo que supone un múltiplo sobre el EBITDA promedio (2013 – 2019) entre 2,9 y 3,4.**

Somos muy conscientes de la dificultad de trasponer ese pronóstico al momento actual y tampoco se pretende como tal una compensación *in natura* por el malogrado proyecto de “Habidite-Alonsotegui”, por más que el incumplimiento e inejecución del mismo le sea claramente imputable a la Diputación Foral. Lo que se busca es ofrecer al juzgador un parámetro de referencia para cuantificar los perjuicios. En este plano y sobre la base de esas cifras, una fracción tan exigua como la del 1% de la menor de esas dos cantidades, arroja un importe de **2.900.000 €**.

En todo caso, en esto, como en todo lo demás, quedamos a expensas de la prueba que se pueda practicar en el propio proceso, dado que se nos ha denegado toda en el expediente administrativo previo; y nos someteremos en última instancia, al **prudente arbitrio judicial**.

**VI. INTERESES.**

Las cantidades líquidas reclamadas deberán devengar el interés legal desde la interpelación judicial, más los intereses por mora procesal, desde la fecha de la sentencia condenatoria que en su caso se dicte.

## VII. COSTAS.

Todas las costas del proceso deberán serle impuestas a la demandada, dada la falta de fundamento de la resolución recurrida y la patente irregularidad del procedimiento.

Ello será así, a mayor abundamiento, de declararse en el proceso el comportamiento doloso o la mala fe de las autoridades forales, o cuanto menos su actuación culposa y su falta de control; dicho se ello en rigurosos términos de defensa.

**STSJ Andalucía (Gra) Sala de lo Contencioso-Administrativo de 21 julio 2003 (EDJ 2003/121572)**

*Por último, la imposición de costas a la parte demandada aparece correctamente justificada y razonada en los términos exigidos en el art. 139, 1º de la LJCA de 1998, pues en nada empece la obligación del Ayuntamiento de recuperar el importe invertido en la ejecución subsidiaria de las obras con la **obligación de controlar** el importe de las obras liquidadas y su correspondencia con la realidad de los trabajos realizados.*

Por todo lo que,

**SUPLICO A L SALA:** Que en la representación que ostento de la parte recurrente, tenga por presentado en tiempo y forma este escrito, con el que se devuelve el expediente administrativo, junto con todos los documentos acompañados; se sirva admitir todo ello y, en su virtud, se tenga por formalizada, en los términos que preceden, la correspondiente **DEMANDA** en el procedimiento ordinario de la referencia; y, previos los trámites legales pertinentes dicte en su día Sentencia por la que, con estimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto :

- A) Declare la no conformidad a derecho del Acuerdo de la Diputación Foral de Vizcaya de 13 de marzo de 2018, dictado en el Expediente Administrativo sobre cumplimiento de Convenios e Indemnización promovido por HABIDITE TECHNOLOGIES PAÍS VASCO S.A. mediante su reclamación de 17 de septiembre de 2009; así como también la **no conformidad a derecho del Requerimiento de documentación de 9 de octubre de 2017 y de las Propuestas de Resolución de 28 de noviembre de 2017 y de 9 de febrero de 2018** formuladas en el seno de dicho expediente.**

Todo ello por la concurrencia de la causas de nulidad y/o anulabilidad de las que se ha hecho mérito en los Fundamentos de Derecho de este escrito de demanda; y como consecuencia de tales declaraciones, **anule y deje sin efecto todos los mencionados acuerdos y resoluciones.**

**B)** Decretada que sea la nulidad de la resolución recurrida, desestimatoria de la reclamación de la demandante y, en su lugar, previo el recibimiento a prueba y la práctica de la misma en el presente proceso:

- 1) Declare el incumplimiento grave, culpable y definitivo, por parte de la Diputación Foral de Vizcaya, de los Tres Convenios suscritos con la sociedad demandante de fecha 15 de diciembre de 2006, relativos al “Proyecto Habidite”, en Alonsótegui (Vizcaya).**
- 2) Declare la imposibilidad actual de cumplimiento de tales Convenios, a los efectos previstos en el artículo 1.124 del Código civil; y en virtud de ello,**
- 3) Declare resueltos los Tres Convenios, por causa imputable a la Administración demandada; y en su consecuencia,**
- 4) Condene a la Diputación Foral de Vizcaya a que indemnice a la demandante por todos los daños y perjuicios causados como consecuencia de su incumplimiento, tanto por *daño emergente*”, como por *lucro cesante*, así como por el *daño moral* y en la *imagen pública y empresarial*, sufridos por la empresa HABIDITE.**

En concreto, se condene a la Diputación Foral de Vizcaya a indemnizar a la actora por los siguientes conceptos y cantidades:

#### **4.1. Por daño emergente:**

a)	Por la ayuda del Convenio sobre Suelos, o Primer Convenio	10.500.000,00 €
b)	Por la pérdida de la subvención del Gobierno Vasco, como Proyecto Estratégico	6.006.240,74 €
c)	Por la inversión no recuperable en I+D+i del Tercer Convenio	8.109.902,00 €
	<b>Total Daño Emergente</b>	<b>24.616.142,74 €</b>

**4.2. Por lucro cesante:**

La cantidad que se determine en el proceso, o en fase de ejecución, con arreglo a las Periciales propuestas por la parte actora y las demás pruebas que se practiquen para acreditar las ganancias, rendimientos o beneficios de todo tipo dejados de percibir por la demandante, por todos los conceptos, como consecuencia de la frustración y no ejecución del Proyecto “Habidite-Alonsótegui”.

Prudencialmente y conforme a las bases establecidas en la demanda, dicha cantidad se establece, como mínimo, en **3.300.000 €**.

**4.3. Por daño moral y menoscabo de la imagen pública y empresarial:**

Prudencialmente y conforme a las bases establecidas en la demanda, dicha cantidad se establece, como mínimo, en **2.900.000 €**.

- 5) **Condene a la demandada al pago de todos los intereses legales de las cantidades reclamadas y que le sean reconocidas a la parte actora**, a contar desde la fecha de la interpelación judicial, más los intereses por mora procesal desde el dictado de la Sentencia.

**C) O, alternativamente al apartado B) anterior: Ordene la retroacción de las actuaciones del expediente administrativo al momento en que se produjeron las infracciones determinantes de su nulidad o anulabilidad, para que en el seno de dicho expediente se acuerde el recibimiento a prueba del mismo y la práctica de todos los medios prueba que fueron oportunamente propuestos por la parte recurrente, antes de dictarse una nueva resolución que ponga fin a la vía administrativa.**

**D) Se le imponga en todo caso a la Administración pública demandada la condena al pago de todas las costas del procedimiento.**

**Por ser todo ello de Justicia que muy respetuosamente pido, en Bilbao, a 20 de octubre de 2018**

**OTROSÍ DIGO 1º**: Que esta parte deja expresa constancia de su voluntad de cumplir con los requisitos procesales exigidos por la Ley 29/1998, de 13 de Julio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que solicita le sean puestos de manifiesto los posibles defectos en los que pudiera incurrir este escrito para su subsanación de manera inmediata.

Por lo que,

**SUPLICO**: Que tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos legales oportunos

**OTROSÍ DIGO 2º**: Que, a los efectos de lo dispuesto en el **art. 60 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa**, interesa al derecho de esta parte y para su mejor defensa, el **RECIBIMIENTO DEL PLEITO A PRUEBA**, la cual ha de versar sobre los siguientes hechos, y aquellos que resulten de la contestación a la demanda que, en su caso, se formule de contrario:

- 1) La titularidad del sistema HABIDITE, derechos de propiedad industrial e intelectual y su carácter exclusivo e innovador, caso de ser discutido. Inversiones realizadas.
- 2) La ordenación por la Diputación foral del planeamiento del Área de Montealegre, viabilidad técnica y económica, dotación presupuestaria, condiciones geotécnicas; implicación de la Diputación y de las demás autoridades vascas, locales y autonómicas en el proyecto estratégico.
- 3) El contenido de los Convenios firmados, si fuera controvertido en algún aspecto.
- 4) El hecho de la ratificación oficial de los Convenios por parte de la autoridad foral; con remisión a todas sus sesiones y actas.
- 5) Los actos de ejecución de los Convenios por la Diputación Foral y empresas, técnicos y organismos dependientes. Compras de suelo efectuadas y actuaciones urbanísticas ordenadas o acometidas.
- 6) El encargo del Plan Parcial, así como contenido y desarrollo efectivo del mismo.
- 7) Las condiciones geotécnicas de los terrenos, las exigencias técnicas para su compactación y consolidación; y la actuación real llevada a cabo por la Diputación Foral y por sus empresas, funcionarios u órganos dependientes.

- 8) La ejecución y desarrollo del proyecto por parte de HABIDITE, la inversión y el gasto inducido por la actuación de la Administración. La presentación del prototipo.
- 9) El incumplimiento de los convenios por la demandada: retrasos producidos y actuaciones efectuadas para la paralización del Proyecto. Vertidos incontrolados en los terrenos. Negligencia y eventual dolo.
- 10) Los daños y perjuicios irrogados a la actora, como daño emergente y la producción y cuantificación del lucro cesante, que se determinará por vía pericial o sobre las bases expuestas en la demanda. Daño moral y en la imagen pública y empresarial de Habidite.
- 11) La declaración de *Proyecto Estratégico*, la subvención reconocida, caso de ser controvertida; y la pérdida de la misma por hechos imputables a la demandada.
- 12) La primera reclamación o intimación formal a la demandada, en febrero de 2009 y su falta de tramitación.
- 13) La comunicación extemporánea a la Comisión Europea de dos de los tres Convenios. Contenido del expediente de Ayudas de Estado y alegaciones y documentos aportados con relevancia a los efectos de la presente controversia (designación de archivos).
- 14) Las manifestaciones públicas de la Diputación Foral de apoyo directo al proyecto, en marzo de 2009; la inexistencia de ofertas de compra de suelo a los propietarios desde 2007 y la ejecución incontrolada de vertidos en los terrenos con anterioridad a junio de 2008.
- 15) La relación de causalidad entre la conducta de la demandada y la producción de los daños y perjuicios reclamados.
- 16) **Cualquier otro extremo de hecho, documento, informe o dictamen que sea impugnado o no reconocido por la parte demandada, o sobre el que surja la necesidad de prueba a la vista de su contestación a la demanda** (dejamos designados los archivos de cualquier entidad pública o privada a que se haga referencia en el cuerpo de este escrito).

A tales efectos se vienen a proponer por esta parte los siguientes

= MEDIOS DE PRUEBA =

- I. **DOCUMENTAL**: La que obra en las actuaciones judiciales precedentes, la incorporada al expediente y la que se aporta con esta demanda.

**Para facilitar la labor del órgano judicial, se acompaña:**

- **DISCO “CD I”: con 29 documentos (1 a 29):**

1. Memoria de Presupuestos Generales del Territorio Histórico de Bizkaia 2006
2. Nota Simple Registro Mercantil BIZKAILUR, S.A.
3. Nota Simple Registro Mercantil AZPIEGITURAK, S.A.
4. Nota Simple Registro Mercantil HABIDITE TECHNOLOGIES PAÍS VASCO, S.A.  
4.bis Página web de HABIDITE, sistema “Habidite”
5. Cartera de patentes titularidad de HABIDITE
6. Estudio de viabilidad de un área industrial en Montealegre en el T.M. Alonsotegui, noviembre 2006, SAITEC ENGINEERING
7. Información firma Acuerdo entre Gobierno Vasco y Diputaciones Forales: Plan de Competitividad Empresarial e Innovación Social 2006-2009
8. Orden Foral 6708/2003, de 18 de diciembre, Departamento de Obras Públicas y Transportes. «Proyecto de construcción de la autopista del Kadagua, tramo: Kastrexana-Arbuio (variante de Alonsotegi)» BOB número 5, viernes, 9/1/04
9. Portadas de los Tres Convenios de 15 de diciembre de 2006
10. Dossier de prensa de diciembre 2006 - enero 2007
11. Información Gabinete Diputado General de Bizkaia, ratificación de los Convenios
12. Dossier de prensa de febrero de 2008
13. Plan Parcial del Sector de Actividades Económicas Montealegre en Alonsotegui, SAITEC ENGINEERING, 22/04/08
14. Estudio Geotécnico del Sector de Actividades Económicas Montealegre en Alonsotegui, SAITEC ENGINEERING, 14/05/2008
15. Sentencia Nº 148/10 de 01/09/10 Juzgado de Primera Instancia Nº 4 de Barakaldo, Procedimiento Ordinario 684/2008
16. Dossier de prensa de junio de 2008
17. Anexo a la Memoria de actuación estratégica 2008-2011 de HABIDITE, julio 2008
18. Nota de prensa sobre elección de HABIDITE como proyecto estratégico.
19. Certificado de 13/01/2009 sobre Acuerdo del Gobierno Vasco 30/12/08 de aprobación del proyecto estratégico presentado por HABIDITE y concesión de subvención no reintegrable (6.006.240,74 €)
20. Anuncio de Secretaría General de Comunicación de Presidencia del Gobierno Vasco sobre subvenciones a proyectos estratégicos en 2008
21. Notificación Acuerdo Consejo de Gobierno 30/12/08 concesión a HABIDITE de subvención no reintegrable como proyecto estratégico
22. Escrito 06/02/09 de Javier Fernández a Diputado General de Bizkaia
23. Escrito 03/04/09 de Diputado Foral de Hacienda y Finanzas de Bizkaia, Don José María Iruarrizaga Artaraz, al Director para Asuntos Europeos del Gobierno Vasco, Don Mikel Antón Zarragoitia
24. Comunicación de traslado del Informe de la Diputación Foral de Bizkaia de la Representación Permanente de España en la Unión Europea 15/06/09 (Expediente CE N-226/2009)
25. Comunicación de Diputación Foral de Bizkaia a la Comisión Europea de 24/09/09
26. Dossier de prensa de marzo de 2009
27. Reflexiones sobre el uso destinado a la vaguada de Montealegre Alonsotegui (Bizkaia)
28. Plan de negocio Habidite Technologies Alonsotegui, CAPGEMINI CONSULTING 23/10/09
29. Noticia 25/09/12 Acuerdo Consejo de Gobierno Vasco retirada de subvención concedida a HABIDITE.

- **DISCO “CD II”: Informe Pericial de EY de 10 de julio de 2013 y ANEXOS**

## II. TESTIFICAL.

Consistente en los testimonios de las personas que a continuación se relacionan, cuyas direcciones, en el caso de no estar indicadas a continuación, se facilitarán por esta parte para permitir la práctica de la prueba o bien deberán ser facilitadas por la demandada, o habrá de procederse a su averiguación judicial:

- **DON JOSÉ LUIS BILBAO EGUREN.** Diputado General en la fecha de los hechos. A efectos de su citación, se designa el domicilio de la Diputación Foral de Bizkaia, en la calle Capuchinos de Basurto, 2, C.P.- 48013 Bilbao (Bizkaia).
- **DOÑA IZASKUN ARTETXE,** Diputada Foral de Innovación y Promoción Económica en la fecha de los hechos. A efectos de su citación, se designa el domicilio de la Diputación Foral de Bizkaia, en la calle Capuchinos de Basurto, 2, C.P.- 48013 Bilbao (Bizkaia).
- **DON JOSÉ JAVIER FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ,** exrepresentante de HABIDITE
- **DON TOMÁS IBARLUCEA,** exempleado del Grupo AFER.
- **DOÑA DOLORES MONTENEGRO,** exempleada de HABIDITE.
- **DON LUIS BORRICÓN SANTURTÚN,**
- **DON RUBÉN BORRICÓN MOLINA,**
- **DOÑA MARÍA NÉLIDA BORRICÓN MOLINA** y
- **DON GORKA BORRICÓN SAMPEDRO,** demandantes en el Procedimiento Ordinario 684/2008, al que se ha hecho referencia en los hechos.

## III. TESTIFICAL PERICIAL:

- **DON CARLOS GARCÍA SANTOS,** con DNI 11951600-H, VP Sector Industria y Servicios; y
- **DON JUAN LUIS RICO,** con DNI 20011617-F, Manager, en su calidad de autores del documento denominado "*Plan de negocio de Habidite Technologies Alonsótegui*", de fecha 23 de octubre de 2009, de **CAPGEMINI CONSULTING.**

- **DOÑA MARÍA LUISA GARCÍA VIDAL**, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, colegiado número 16.641; y
- **DON DAVID SERÓN ARNÁIZ**, colegiado número 20.646, en su calidad de autores del documento denominado "*Estudio Geotécnico del Sector de Actividades Económicas Montealegre en Alonsotegui*" de **SAITEC ENGINEERING**.

#### **IV. TESTIFICAL PERICIAL.**

Consistente en la declaración de los empleados de SAITEC ENGINEERING encargados de la redacción de los documentos denominados "Estudio de viabilidad de un área industrial en Montealegre en el T.M. Alonsotegui" y "Plan Parcial del Sector de Actividades Económicas Montealegre en Alonsotegui".

#### **V. TESTIFICAL PERICIAL.**

Consistente en la declaración de los autores del informe pericial elaborado por **ERNST & YOUNG** en relación con Habidite Technologies País Vasco, S.A., de fecha 10 de julio de 2013 (**Calle de Raimundo Fernández Villaverde, 65, 28003 Madrid**):

- **DON RICARDO NOREÑA HERRERA**
- **DON IGNACIO SEBASTIÁN DE ERICE Y MALO DE MOLINA, Y**
- **DON GONZALO VEGA GARCÍA.**

#### **VI. PERICIAL DE PARTE.**

Consistente en el **INFORME PERICIAL** que se ha encargado y que se aportará al procedimiento, relativo al análisis, concreción y valoración actualizada de los daños sufridos por los reclamantes en concepto de lucro cesante, esto es, los importes relativos a las cantidades dejadas de percibir como consecuencia de la frustración del Proyecto Habidite-Alonsotegui y de la también frustrada comercialización de la producción de la fábrica Habidite Alonsotegui, en el cual se incluirá una valoración, con análisis y detalle de la causa de los costes, daños y perjuicios, así como de las distintas partidas de su composición.

Dada la imposibilidad de aportar a este momento un dictamen completo y actualizado, se anuncia su aportación para el momento en que esté disponible, conforme **Artículo 337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**,

Por lo que

**SUPLICO:** Que, teniendo por formulado el precedente otrosí y por hechas las manifestaciones que el mismo contiene, acuerde el recibimiento del pleito a prueba conforme en él se solicita, admita los medios de prueba propuestos y ordene todo lo necesario para su práctica; y tenga por anunciada y admita en su momento, la pericial reseñada.

**Por ser de Justicia que reitero, en fecha y lugar *ut supra*.**

**Letrado**  
**Miguel Ángel Hortelano Anguita**

**Procuradora.**  
**María Teresa Bajo Auz**