

En Logroño, a 19 de septiembre de 2019, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, habiendo excusado su asistencia el Consejero, D. Pedro Prusén de Blas, por concurrir en el mismo causa legal de abstención y siendo ponente D. José Luis Jiménez Losantos, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**96/19**

Correspondiente a la *Consulta de la Consejería de Salud sobre la propuesta de resolución, mediante rescate, del contrato, suscrito entre la Fundación Rioja Salud (FRS) y, la empresa ACSL, para la explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento de vehículos en el Centro de Investigación Biomédica de La Rioja (CIBIR).*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

#### **Siglas y abreviaturas**

En el presente dictamen, emplearemos las siguientes siglas y abreviaturas:

-ACSL= ACSL, constituida por Escritura pública autorizada por el Notario de Logroño D. C.R.P.C. el 15 de junio de 2010, con el núm. 1117 de su Protocolo, entre las siguientes empresas adjudicatarias del contrato: *C.Z.H.SA; I.O.SA, V.E.SL y R.SL* (cfr. fol. 15 del expediente).

-AHA= Antecedente/s de hecho, y, concretamente, del asunto, de este dictamen, que se cita/n siempre seguido/s de su numeración en arábigos, aunque esté expresada en letras; así, AHA 2.3.A, equivale a Antecedente de Hecho (Antecedente) del Asunto, Segundo, número 3, letra A, de este dictamen.

-ac/s= acuerdo/s (contractuales).

-AGE= Administración General del Estado.

-ap/s= apartado/s (de un documento contractual o de una disposición legal).

-AREC= aportación/es (dineraria/s compensatorias, también llamada/s en el expediente compensación/es) para restablecer el equilibrio económico del contrato (efectuadas, entre 2011 y

2017, por la FRS, a la empresa ACSL, *ex cl.* 24.3-c PCA, para compensar las pérdidas que, en cada ejercicio, resulten del hecho de no haber tenido el aparcamiento del CIBIR el nivel medio de ocupación previsto en la oferta económica aceptada por la FRS al adjudicar el contrato y que forma parte del mismo).

-BDP= Beneficio dejado de percibir (lucro cesante)

-BOE= Boletín Oficial del Estado.

-CAR= Comunidad Autónoma de La Rioja.

-Cc= Código civil (español).

-CC= Consejo Consultivo.

-CCom= Código de Comercio (español).

-CDTA= Cuadro de datos técnico-administrativos anejo al PCA.

-CE= Constitución española vigente, de 1978.

-CEI= Comisión especial de investigación, del Parlamento de La Rioja, sobre la gestión de los aparcamientos del HSP.

-cfr.= véase, confróntese o compárese con.

-CIBIR= Centro de Investigación Biomédica de La Rioja, Logroño.

-cit/s.= citado/a/s.

-CJA= Comisión Jurídica Asesora.

-CJC= Consejo Jurídico Consultivo.

-cl/s= cláusula/s (de un documento contractual).

-CMC= Convenio-marco de colaboración entre la FRS y la Consejería de Salud del Gobierno de la CAR, de 08-07-2002 (cfr. BOR 128, de 7-11-2016), con 4 *Adendas* (la 1ª y 2ª de 04-09-2017; la 3ª de 16-07-2018; y la 4ª de 18-12-2018), cit. en fols. 654 y 655.

-Consejería actuante= Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja.

-Decreto 24/2015= Decreto (de Gobierno de la CAR) 24/2015, de 21 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y funciones de la Consejería de salud.

-Decreto 49/2016= Decreto (del Gobierno de la CAR) 49/2016, de 9 de diciembre, por el que se establece y regula el precio público por el servicio de estacionamiento y aparcamiento en la zona pública adscrita al Centro sanitario HSP de Logroño (BOR de 16-12-2016).

-DG= Dirección/es y Director/a General/es.

- DGRN= Dirección General de los Registros y del Notariado, del Ministerio de Justicia.
- DA= Disposición adicional.
- DD. Disposición derogatoria
- DF= Disposición final.
- DT= Disposición transitoria.
- Dva/s.= Directiva/s de la UE o, antes, de la CEE.
- EAR'99= Estatuto de Autonomía de La Rioja, en la redacción vigente, dada al mismo por la Ley Orgánica 2/1999, de 7 de enero.
- EBITDA= siglas anglosajonas del parámetro económico *Earnings before interest, taxes, depreciation and amortization*, es decir, beneficios o resultado del negocio anual, antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización.
- EFRS= Estatutos de la Fundación Rioja Salud, incluidos en la Escritura pública de su constitución con arreglo a la Ley 30/1994, autorizada por el Notario de Logroño D. J.V.V, el 3 de diciembre de 2001, con el núm. 3017 de su Protocolo (fols. 317-349 del expediente), modificados por Escritura pública, autorizada por el Notario de Logroño D. V.M.L.C, el 5 de noviembre de 2008, con el núm. 2846 de su Protocolo, para adaptarlos a la Ley 1/2007 (fols. 195-220 del expediente).
- EOMF= Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley (estatal) 24/2007, de 9 de octubre.
- EP= Escritura pública notarial.
- ex = en virtud de; a partir de; en base a; según lo establecido en.
- FECCO= Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada.
- fol/s.= folio/s, del expediente.
- FGE= Fiscalía General del Estado.
- FJ= Fundamento Jurídico o de Derecho de un documento jurídico, Sentencia judicial o Dictamen consultivo.
- FRS= Fundación Rioja Salud.
- FRS= Fiscalía Superior de La Rioja.
- FSP= Federación de empleados y empleadas de Servicios públicos del Sindicato UGT
- HSP= Hospital o Complejo hospitalario *San Pedro* del SERIS en Logroño.
- ICAC= Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

- INSS= Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- IGCAR= Intervención General de la CAR.
- IGAE= Intervención General de la Administración del Estado.
- i.f= *in fine*, al final, último párrafo de un precepto.
- INE= Instituto Nacional de Estadística.
- IPC= Índice de precios al consumo, publicado periódicamente por el INE.
- LCAP'07= Ley (estatal) 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público.
- LCSP'11= Texto refundido de la Ley (estatal) de Contratos del Sector público, aprobado por RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre.
- LCAP'17= Ley (estatal) 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público.
- LEF= Ley (estatal) de 16 de diciembre de 1956, de Expropiación forzosa.
- LGP'03= Ley (estatal) 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- Ley 30/1994= Ley (estatal) 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general.
- Ley 50/1997= Ley (estatal) 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.
- Ley 6/2002= Ley (de la CAR) 6/2002, de 18 de octubre, de Tasas y precios públicos de la CAR.
- Ley 50/2002= Ley (estatal) 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.
- Ley 49/2002= Ley (estatal) 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo
- Ley 03/2003= Ley (de la CAR) 3/2003, de 3 de marzo, de organización del Sector público de la CAR.
- Ley 08/2003= Ley (de la CAR) 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros.
- Ley 01/2007= Ley (de la CAR) 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la CAR.
- Ley 7/2011= Ley (de la CAR) 7/2011, de 22 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas para el año 2012.
- Ley 2/2015= Ley (estatal) 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.
- LMi= Ley (estatal) 22/1973, de 21 de julio, de Minas.
- LOP= Ley (estatal) de obras públicas de 12-04-1870.

-LOTUR= Ley (de la CAR) 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja.

-LPAP'03= Ley 33/2003= Ley (estatal) 32/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas.

-LPR= Ley 11/2005= Ley (de la CAR) 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la CAR.

-LSA= Ley (estatal, derogada) de Sociedades anónimas, de 17 de julio de 1951.

-LSC= Ley (estatal) de Sociedades de capital, texto refundido aprobado por RDLeg 1/2010, de 2 de julio.

-LS'15= Ley (estatal) de Suelo y rehabilitación urbana, texto refundido aprobado por RDLeg. 7/2015, de 30 de octubre.

-LSL= Ley (estatal, derogada), de régimen jurídico de las Sociedades de responsabilidad limitada, de 17 de julio de 1953.

-NT'07= Norma técnica de 11 de abril de 2007, de la IGAE, sobre colaboración con auditores privados en la realización de auditorías públicas (publicada en la página web de la IGAE)

-OCP= Oficina de Control Presupuestario (DG, de la Consejería competente en materia de hacienda, del Gobierno de La Rioja).

-pág/s= página/s.

-pár/s= párrafo/s (de un precepto legal).

-p.e= por ejemplo.

-pc/s= pacto/s contractual/es.

-PCA= Pliego/s de cls. administrativas en general; y, en particular el de cls. reguladoras de la licitación para la contratación de la explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento de vehículos en el CIBIR, aprobado el 26 de febrero de 2010, por el Director Gerente en funciones de la FRS (fols. 226-169 del expediente).

-PGC= Plan General de Contabilidad, aprobado por RD 1514, de 16 de noviembre.

-PCESFL= PGC, con las adaptaciones dispuestas por el RD 1492/2011, de 24 de octubre, para las entidades sin fines lucrativos, que se han plasmado en el *Plan de Contabilidad de las entidades sin fines lucrativos*, aprobado por Res. de 26-03-2013 del ICAC.

-PPT= Pliego de prescripciones técnicas en general; y, en particular el de la licitación para la contratación de la explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento de vehículos en el CIBIR, aprobado el 26 de febrero de 2010, por el Director Gerente en funciones de la FRS (fols, 270-281 del expediente).

-RBEL= Reglamento de bienes de las entidades locales, aprobado por RD 1372/1986, de 13 de junio.

-RCAP'01= Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre, vigente en cuanto no se oponga a la LCSP'17, según la DD Única LCSP'17

-RD= Real Decreto.

-RD 1473/2001= RD 1473/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la CAR de las funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, publicado en el BOE núm 311, del 28 (fols. 356-361 del expediente).

-RDLeg= Real Decreto legislativo.

-RH= Reglamento hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947.

-RP= Registro de la propiedad.

-Res.= Resolución/es.

-RSCL= Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

-SERIS= Servicio Riojano de Salud.

-SGT= Secretaría/Secretario/a General Técnica/o de la Consejería actuante.

-STS= Sentencia/s del Tribunal Supremo.

-TCu= Tribunal de Cuentas

-TGSS= Tesorería General de la Seguridad Social.

-TR= Texto refundido.

-UGT= Unión General de Trabajadores

-VPI= Valor patrimonial de la inversión.

## **Segundo**

### **Datos preliminares**

La Consejería actuante ha remitido, a este Consejo, el precitado expediente, que constaba de 193 fols, porque se limitaba al tramitado por la FRS para instrumentar el pretendido rescate del citado contrato. Pero, posteriormente, dicho expediente ha sido completado, por la Consejería consultante o de oficio por este Consejo, con los documentos que se indicarán (que, a instancia de la referida Consejería, hemos numerado como fols. 194 a 989); y del que resultan los siguientes datos preliminares:

## **1. Parcela de la TGSS.**

En **1955** (fol. 352), concluyó la construcción del antiguo HSP, en unos terrenos que, el **01-02-1993**, mediante EP, autorizada por el Notario de Logroño, D. J.D.J.E, fueron adquiridos por la TGSS, en pleno dominio, conformando una Parcela de **76.545 m<sup>2</sup>**, la cual fue inscrita, a nombre de dicha TGSS, en el RP núm N de Logroño, como finca registral núm. M (fols. 366 y 367), si bien actualmente está numerada como finca registral X y tiene asignada la referencia catastral núm XXXXXXXXXXXX (fol. 351).

## **2. Constitución, por la CAR, de la FRS.**

A) El **03-12-2001**, ante el inminente traspaso a la CAR de las funciones y servicios del Estado en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, el Gobierno de la CAR constituyó la *Fundación Rioja Salud* (FRS), mediante EP (fols. 317-349) que, autorizada por el Notario de Logroño D. J.V.V, con el núm. 3017 de su Protocolo, incluyó sus Estatutos (EFRS), conformados a la entonces vigente Ley 30/1994, los cuales fueron luego modificados: i) por EP de **26-04-2006**, autorizada por el Notario de Logroño D. V.M.L.C. con el num 1414 de su Protocolo, para incorporar a su objeto la gestión de los bancos de sangre y tejidos; y ii) por EP, autorizada por el Notario de Logroño D. V.M.L.C, el **05-11-2008**, con el núm. 2846 de su Protocolo, para adaptarlos a las Leyes 49/2002, 50/2002, 3/2003 y 1/2007 (fols. 195-220). De estos EFRS, destacan los siguientes aspectos de interés para el presente dictamen:

1/ Que la FRS es una fundación pública (art. 1 EFRS), con personalidad jurídica propia (art. 2 EFRS), sujeta a la legislación, riojana y estatal, sobre Fundaciones (art. 3 EFRS), dirigida por un Patronato controlado mayoritariamente por el Gobierno de la CAR (arts. 9 y 10 EFRS), el cual ejerce su Protectorado (cfr. fol. 100) y cuyo Consejero de Salud es el Presidente de su referido Patronato (art. 10-a EFRS), con facultades para representar a la FRS (art. 18-a EFRS) y actuar como órgano de contratación de la misma (art. 18-h EFRS).

2/ Que, con duración indefinida (art. 7 EFRS), la FRS tiene por objeto la investigación, desarrollo e innovación en el ámbito sanitario (art. 6 EFRS), para lo que cuenta con un régimen económico y patrimonial propio (arts. 23-28 EFRS) y su propio personal laboral (art. 28 EFRS), así como plena capacidad de obrar (art. 2 EFRS), que conlleva la de efectuar todo tipo de contratos (art. 25-c EFRS).

3/ Que el Patronato de la FRS puede nombrar, a uno de sus miembros, como Director Gerente y Secretario (art. 10-c EFRS), el cual tiene facultades ejecutivas y de gestión (arts. 21 y 22 EFRS), entre las que se encuentran las que el Patronato pueda delegarle (art. 22-f EFRS), como sucedió en el presente caso, cuando, por Acuerdo de **24-06-2008** (cfr. fols. 252 y 558), se le delegó para actuar como órgano

de contratación, concepto en el que actuó en los procedimientos contractuales que citaremos en este dictamen.

**B)** El **11-12-2001**, por Resolución de esa fecha, de la DG de Política Interior, la FRS fue inscrita en el Registro de Fundaciones benéfico-asistenciales de la CAR con el núm. 26/0103 (cfr. fols. 639 y 654).

**C)** Como datos complementarios, cabe destacar:

1/ Que, a efectos institucionales, la FRS pertenece al *Sector público de la CAR* (cfr. art. 53.1, de la Ley 3/2003).

2/ Que, a efectos contractuales, la FRS no tiene la consideración de *Administración pública*, pero sí de entidad integrada en el *Sector público* (art. 3.1-e LCSP'17), en concreto, en el *Sector público de la CAR* de la CAR (art. 53.1 de la Ley 3/2003), donde tiene la condición de *poder adjudicador* (cfr. arts. 3.3-b, LCSP'07, y 3.3-b, LCSP'17), por lo que ha de adjudicar los contratos con arreglo al procedimiento previsto en la misma (arts. 24 a 27 y, en especial, el art. 26-3 LCSP'17), a cuyo efecto cuenta con un *Procedimiento interno de compras y contratación* adaptado a la LCSP'17, aprobado por Resolución del Director Gerente de 09-03-2018 (cit. en fol. 668).

3/ Que, a efectos funcionales, la FRS está *vinculada al Sistema público de salud* de la CAR mediante el CMC (cit. en fol. 654) que especifica los proyectos concretos en los que participa la FRS y la contraprestación que la misma recibe por ellos.

4/ Que, a efectos organizativos, la FRS está organizada en *Áreas flexibles* que se adaptan a la política funcional de la FRS. Está prevista la integración de la FRS en el SERIS y, así, las *Áreas asistenciales* de la FRS (que figuran en su página *web*) fueron ya integradas en el SERIS por la DA 3ª de la Ley 7/2011; por lo que (actualmente y a la espera de su futura integración en el SERIS), la FRS sólo conserva las *Áreas* destinadas a la formación, información, informática, investigación, innovación y gestión. Sobre todo ello, cfr. fol. 659)

5/ Que, a efectos tributarios, su régimen fiscal es el establecido por la Ley 49/2002.

6/ Que, a efectos laborales, su personal se rige por el Convenio colectivo de 13-02-2009 (cit. en fol. 669).

7/ Que, a efectos contables, está sujeta (cfr. art. 25.3 de la Ley 1/2007) al PCESFL.

### **3. Traspaso, a la CAR, del “uso” del inmueble.**

El **28-12-2001**, como se esperaba, el BOE publicó el RD 1473/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la CAR de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social (fols. 356-363), en cuya Relación aneja núm. N (fol. 362), se traspasa, a la CAR, como inmueble núm. Ñ, la antes precitada Parcela de la TGSS, esto es, con la expresada superficie de **76.545 m<sup>2</sup>** (aunque, de ellos, sólo estaban construidos: **22.625 m<sup>2</sup>**, correspondientes al referido antiguo HSP; y otros **7.725 m<sup>2</sup>**, correspondientes a otras instalaciones constructivas anejas al mismo). Concretamente, el art. 2 y el Anexo, letra F, nums 6 a 11, del citado RD, efectúan el indicado traspaso con las siguientes precisiones:

1/ Que la TGSS se reserva los derechos de propiedad del suelo y del vuelo (cfr. letra F.6) y el de reversión del inmueble traspasado (si no se destina a usos sanitarios, cfr. letra F.8); y

2/ Que la CAR sólo adquiere el “uso”, de este, y de los demás, inmuebles traspasados (cfr. letra F.7), pero teniendo en cuenta que tal “uso” permite, a la CAR, efectuar, a su costa, *obras nuevas* (tanto de edificación en los espacios no edificados, como de reforma y mantenimiento en los edificados), todas las cuales *obras nuevas* pasarán, en tal caso y al 100%, a ser de titularidad de la CAR, aunque sin perjuicio de la expresada titularidad subyacente de la TGSS sobre el suelo y el vuelo de la finca (letra F.11).

### **4. Convenio urbanístico, entre la TGSS, la CAR y el Ayuntamiento de Logroño, para construir el aparcamiento del CIBIR.**

El **03-07-2005**, se firmó un Convenio urbanístico (fols. 366-369), entre la TGSS (como propietaria del suelo y vuelo de la precitada finca registral), la CAR (como titular, por traspaso, del “uso” de la misma finca, con las facultades edificatorias expresadas) y el Ayuntamiento de Logroño (como titular, en la misma zona, de la finca registral núm. 30.234, de 10.731 m<sup>2</sup>, según entonces reciente medición, resultante de la cesión obligatoria de terrenos para viales y zonas comunes). El objeto de este Convenio era reordenar urbanísticamente la zona para definir los viales y parcelas edificables resultantes y autorizar la ejecución de las obras que la CAR preveía efectuar para reformar y ampliar el antiguo HSP, ajustando todo ello al planeamiento urbanístico municipal entonces vigente en Logroño. En dicho Convenio, se aclara:

1/ Que las mediciones superficiales de las distintas edificaciones y Parcelas de esta zona que figuran en la documentación oficial aportada no se corresponden exactamente con las que se deducen de las, entonces recientes, mediciones

efectuadas de nuevo y que son aceptadas por las entidades que suscriben el Convenio.

2/ Que, de su precitada finca registral núm. 30.234, el Ayuntamiento de Logroño segrega una superficie de **4.316 m<sup>2</sup>**, la cual cede a la CAR, al tiempo que todas las entidades que suscriben el Convenio autorizan, a la misma CAR, para que ésta pueda construir, en la referida superficie segregada (y en los terrenos colindantes a la misma en los que ya tenía, por traspaso, el referido derecho “de uso”, con facultad edificatoria), un aparcamiento que preste servicio a las instalaciones hospitalarias aledañas.

3/ Que el convenio, tras su protocolización notarial, se inscribirá en el Registro de la Propiedad núm. 3 de Logroño, consintiendo las entidades que suscriben el Convenio las modificaciones registrales que al efecto proceda efectuar.

#### **5. Construcción, por la CAR, del aparcamiento del CIBIR y su carácter demanial.**

El **16-06-2008**, la SGT certificó, ante el citado Registro de la Propiedad (cfr. fol. 353 y 354), que la CAR había concluido la construcción de una *obra nueva* (sobre la zona Este de la referida finca núm. X, utilizando también la expresada superficie cedida por el Ayuntamiento). Dicha *obra nueva*, según Nota simple informativa del mismo Registro, de **20-06-2008** (obrante en los fols. 351-355), consistía en ocupar **1.591,49 m<sup>2</sup>**, en solar: i) por un lado, con el **Edificio CIBIR** (así llamado por estar destinado a albergar el CIBIR), el cual edificio cuenta con 12.307,77 m<sup>2</sup>, construidos en sótano, planta baja, tres plantas y cubierta); ii) por otro, con el **Aparcamiento CIBIR** (así llamado por estar anejo al edificio CIBIR, esto es, en la zona Este del complejo HSP y para distinguirlo de otros aparcamientos de dicho HSP situados en las zonas de Servicios –Oeste- y de Urgencias - Sur- del HSP), el cual *Aparcamiento CIBIR* es de superficie y también subterráneo (con dos sótanos) y cuenta con **9.995,38 m<sup>2</sup> construidos** y un total de **657 plazas** de aparcamiento; y iii) finalmente, una estructura de conexión con el HSP (de **63,37 m<sup>2</sup>**); debiendo reseñar:

1/ Que, según la precitada Nota simple informativa, esta obra nueva, con sus tres elementos constructivos citados, se incluye también en la precitada finca registral núm. X; y con la misma referencia catastral antes expresada.

2/ Que, según la misma Nota simple, la titularidad, al 100 %, de **dicha obra nueva, figura inscrita, en el expresado Registro, a favor de la CAR**, con la carga de respetar los precitados derechos de suelo y vuelo pertenecientes a la TGSS (cfr. fol. 354). Debe aclararse que son inscribibles en el Registro de la propiedad tanto los

bienes patrimoniales como los demaniales de la CAR (cfr. arts. 36.1, de la Ley 33/2003, y 32.1, de la Ley 11/2005).

3/ Que, según certificación, expedida, a instancia de este Consejo, por el Servicio de Patrimonio de la CAR (fol. 194), **en el Inventario general** de bienes y derechos de la CAR (que comprende todos los bienes de la CAR, sean patrimoniales o demaniales, cfr. arts. 26, 30 y 69.3, de la Ley 11/2005), figuran “*con la calificación jurídica de bien demanial (bien de dominio público), por estar afecto al servicio público de salud*”, tanto el *Edificio del CIBIR* (inventariado con el núm. 2688), como el *Aparcamiento CIBIR* (inventariado con el núm. 2654).

4/ Que las superficies indicadas para cada uno de los tres elementos constructivos expresados corresponden con la realidad y con las empleadas en el Proyecto constructivo del CIBIR, que ha sido confirmado, a instancia de este Consejo Consultivo, por la Consejería actuante (cfr. cuadro de superficies obrante en el fol. 370).

#### **6. Estudios previos para la explotación del aparcamiento.**

**A)** El **22-06-2006**, según revela el dictamen de la CEI (en fol. 699), el BOR publicó una solicitud pública de ofertas para contratar trabajos de asesoramiento financiero y legal para la explotación y mantenimiento del aparcamiento subterráneo del CIBIR.

**B)** El **01-09-2006** se firmó el contrato de consultoría y asistencia para dicho asesoramiento entre FRS y el B.S, por importe de 69.600 euros, IVA incluido, el cual no consta en el expediente, aunque el dictamen de la CEI (fol. 699) señala que las conclusiones de dicho estudio contratado se extendieron, no sólo al aparcamiento subterráneo del CIBIR sino a todos los del HSP y analizaron la posibilidad de que fueran todos ellos explotados mediante tarifas de pago por los usuarios.

#### **7. Autorización especial de uso del aparcamiento, conferida, por la CAR, a la FRS.**

El **03-10-2008**, el Consejo de Gobierno de la CAR, consecuente con el carácter demanial del aparcamiento expresado, aprobó (cfr. fol. 364) el Acuerdo de conferir, a la FRS, durante 50 años, una *autorización especial de uso* del citado edificio y aparcamiento del CIBIR, sin perjuicio de los derechos de propiedad de la TGSS sobre el suelo y vuelo.

## Tercero

### Procedimientos previos desiertos

#### **1. Primer procedimiento de contratación, abierto, convocado por la FRS, para la explotación del aparcamiento del CIBIR, que resultó desierto.**

En base a esa autorización (cfr. fol. 364), la FRS procedió a convocar, mediante procedimiento abierto, una licitación pública (numerada como *Expediente núm. 200902-01/APC-CIBIR*), para contratar la prestación de los servicios de explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento del CIBIR, con arreglo a sendos PCA (fols. 383-427) y PPT (fols. 428-439). Dicha convocatoria fue publicada en el BOR núm. 20, de 11-02-2009 (fol. 378), en el BOE núm. 38, de 13-02-2009 (fol. 275) y en la prensa nacional (fol. 376 y 440) y local (fol. 379) Este procedimiento quedó desierto, tal como lo declaró la Res, del Director Gerente de la FRS, de 15-04-2009 (fols. 377 y 441).

#### **2. Segundo procedimiento de contratación, abierto, convocado por la FRS, para la explotación del aparcamiento del CIBIR, que resultó desierto.**

En base a la misma precitada autorización (cfr. fol. 364), la FRS procedió a convocar, en el BOE núm. 285, de 26-11-2009 (fol. 443) y en el BOR núm. 149, de 30-11-2009 (fol. 445 y 742), mediante procedimiento abierto, una nueva licitación pública (numerada como *Expediente núm. 200911-11/APC-CIBIR*), para contratar la prestación de los servicios de explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento del CIBIR, con arreglo a sendos PCA (fols. 449-495) y PPT (fols. 496-507). Este segundo procedimiento también quedó desierto, tal como lo declaró la Resolución, del Director Gerente de la FRS, de 18-01-2010 (fols. 444, 446, 617 y 742).

## Cuarto

### Procedimiento concluido con adjudicación

#### **1. Procedimiento de contratación, negociado sin publicidad, iniciado por la FRS, para la explotación del aparcamiento del CIBIR.**

En base a la misma precitada autorización (cfr. fol. 364), el Director Gerente de la FRS procedió, mediante Resolución de 01-02-2010 (cfr. fols. 15, 627, 628 y 742), a iniciar una nueva tramitación de la licitación (numerada como *Expediente núm. 201002-03/APC-CIBIR*), pero ahora ya mediante el procedimiento negociado sin publicidad y con varios criterios de adjudicación, por así permitido, al haber quedado desiertas las dos licitaciones anteriores, el entonces vigente art. 194-c) LCSP'07, similar al actualmente vigente art. 170 LCSP'17.

## 2. Pliegos de la licitación.

El **26-02-2010**, en consecuencia, dicho Director Gerente aprobó el PCA (fols. 226-269) y el PPT (fols. 270-281) de dicha nueva y tercera licitación. Del referido PCA, forma parte el Cuadro de datos técnico-administrativos (CDTA; fols. 252-269); interesando ahora destacar las siguientes cls:

**A) La cl. 45 CDTA**, que establece, entre las “*causas específicas de resolución*” del contrato, “*el rescate de la explotación de la obra por la FRS, en los términos establecidos en la cl. 22.2 del presente PCA*”.

**B) La cl. 22.2 PCA**, que admite la extinción del contrato por **rescate**, estableciendo que: “*la FRS podrá, una vez acordado el rescate del contrato, gestionarlo directamente o celebrar uno nuevo, abonando al contratista el valor patrimonial de la inversión (VPI) y el beneficio dejado de percibir (BDP)*”.

**C) La cl. 24 PCA**, sobre “*mantenimiento del equilibrio económico del contrato, a cuyo tenor:*

*1. La ejecución del contrato se desarrollará a riesgo y ventura del contratista. No obstante lo anterior, el régimen económico del presente contrato deberá mantener las condiciones de equilibrio económico-financiero en los términos considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del contratista, de conformidad con lo previsto en la presente cl, y de acuerdo a la legislación vigente.*

*2. La FRS deberá restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

*a) Cuando la FRS modifique, por razones de interés público motivadas por necesidades nuevas o causas imprevistas debidamente justificadas en el expediente, las condiciones de explotación del Aparcamiento establecidas en el presente PCA.*

*b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones no previstas, tanto de la FRS como de la Consejería de Salud o del SERIS, modifiquen o alteren de forma sustancial la prestación del servicio o el equilibrio económico del contrato.*

*c) Cuando se produzcan el resto de circunstancias expresamente previstas en el presente PCA.*

*d) Cuando se supere en más o en menos de un 25% las previsiones de demanda realizadas por el concesionario en su oferta.*

*3. Exceptuando aquellos supuestos en los que se opte por la resolución del contrato, el restablecimiento del equilibrio económico financiero del mismo, en los supuestos en que resulte procedente, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, se realizará mediante la adopción, de común acuerdo, de alguna de las medidas siguientes:*

*a) Modificación de las tarifas o precios.*

*b) Modificación del plazo del contrato.*

c) *Compensación económica.*

d) *Cualquier otra modificación de las cls. de contenido económico del presente PCA.*

e) *La combinación de alguna de las medidas descritas en los apartados anteriores.*

4. *El restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, al exclusivo efecto de compensar las repercusiones directamente derivadas de los supuestos anteriormente señalados, dará lugar a la revisión del modelo económico-financiero del contrato. Para el supuesto de la cl. 24.2.d), esta revisión será anual, en base a las cuentas auditadas al cierre del ejercicio anterior, y se hará tantas veces como sea preciso, durante el periodo de vigencia del contrato".*

**D)** La precitada **cl 24.3-d) PCA** (como observa el Dictamen de la CEI, cfr. fol. 715), contempla una *compensación económica* que no figuraba en los PCA y PPT de las dos anteriores licitaciones que quedaron desiertas.

### **3. Oferta única.**

Con fecha **09-03-2010** (cfr. fol. 611), a la expresada licitación negociada sin publicidad, sólo se presentó una oferta, formulada conjuntamente por las empresas *C.Z.S.S.A; I.O.S.A, V.E.S.L. y R.S.L.* (cfr. fols. 15 y 282) cuyo detalle obra en los fols. 602 a 616) y que, en resumen, es la siguiente:

**A)** Un *canon fijo* neto (sin IVA) de 8 millones de euros (9.280.000 euros, IVA incluido; fol. 604). No se oferta *canon variable* (fol. 610).

**B)** Una *inversión inicial* para adaptar el aparcamiento, de 150.000 euros, aproximadamente (fol. 604).

**C)** Unas *inversiones de mantenimiento* durante los 40 años de duración del contrato, estimadas en la cantidad total de 2.979.006 euros (fol. 604).

**D)** Aportación de *recursos técnicos* para la explotación del aparcamiento (fols. 605-608), tanto de personal como de material (sistemas de control, equipos de seguridad, programas informáticos de gestión, mobiliario y equipamiento de oficina).

**E)** *Tarifas* a usuarios: i) de rotación: 2,59 euros por minuto; ii) de abono de 10 horas al día: no se oferta; iii) de abono mensual: 68,97 euros al mes;

**F)** Para el cálculo del *equilibrio económico* del contrato *ex cl. 24. PCA*, se parte de las siguientes previsiones de demanda: 615 plazas ofertadas, de las cuales, se estima: i) que 61 plazas de media estarán abonadas durante todo el año a la tarifa de abono mensual; y ii) que 135 plazas de media estarán abonadas durante todo el año a tiempo total y a la tarifa de rotación (fol. 609).

G) La financiación del proyecto de explotación del aparcamiento será cubierta al 100% por las 4 empresas ofertantes (a razón de un 25% cada una), si bien tratarán de obtener financiación externa al efecto (fols. 612-616).

#### **4. Ratificación de la licitación.**

El **14-05-2010**, para que no hubiera ninguna duda de que el Gobierno de la CAR, como titular demanial, ratificaba la decisión de proceder a la expresada licitación, aprobó (fol. 365) el Acuerdo de desarrollar la antes citada *autorización especial de uso* conferida, el 03-10-2008, a la FRS, en el sentido de **facultar, a la citada FRS, para “contratar con terceros la conservación, mantenimiento y explotación de las zonas de obra pública susceptibles de aprovechamiento diferenciado”**, como es el caso del expresado aparcamiento del CIBIR.

#### **5. Fase de negociación.**

El **28-05-2010**, se levantó **Acta** (fols. 21-24), firmada por el Director Gerente de la FRS y los representantes de las expresadas empresas oferentes, de la reunión habida para valorar, revisar y negociar la oferta presentada y ésta se entendió ajustada a los PCA y PPT y aceptable, con sujeción a los siguientes **acuerdos** (acs.):

**A)** Que las empresas ofertantes formarían una única Sociedad, denominada *A.C.S.L.* (ACSL), a la que la FRS adjudicaría el contrato para explotar el aparcamiento durante 40 años (ac. 1, fol. 21), cuya explotación estaría en marcha antes de 3 meses desde la formalización del contrato, la cual se efectuaría antes de 30 días naturales (acs. finales, fols. 23 y 24).

**B)** Que dicha empresa adjudicataria se entendería, a efectos registrales, durante ese tiempo, como titular de un derecho de uso y disfrute, limitado a la explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento CIBIR, con arreglo al PCA y al PPT de licitación (ac. 2, fol 21); con la precisión de que la FRS facilitaría que la empresa adjudicataria pudiera constituir una hipoteca mobiliaria o una prenda sin desplazamiento sobre los elementos del contrato susceptibles de tales garantías (ac. 10, fol. 23).

**C)** Que la citada empresa adjudicataria efectuaría, en favor de la FRS, las siguientes inversiones, valoradas estimativamente de común acuerdo por las partes (ac.4, fol. 22):

1/ *Inversiones de puesta en funcionamiento* de la explotación, valoradas en 150 mil euros (ac. 4, inciso primero, fol.22).

2/ *Inversiones de mantenimiento* de la explotación durante 40 años, valoradas en 2.979.006 euros (ac. 4, inciso segundo, fol. 22).

**D)** Que dicha empresa adjudicataria pagaría, a la FRS, por el contrato, las siguientes cantidades:

1/ *Canon fijo*: 8 millones de euros, más IVA, pagaderos antes de 3 meses desde la formalización del contrato (acs. 3 y final, fols. 22 y 24).

2/ *Canon anual*: 20.000 euros cada año (actualizables por aplicación del IPC), en compensación de los servicios generales y suministros facilitados por la FRS (ac.11, fol.23).

3/ *Canon variable*: Consistente en un porcentaje del *beneficio neto* (antes de impuestos) *anual*, obtenido por la empresa y fijado con arreglo a los siguientes criterios (fols. 22 y 23):

-Dicho beneficio neto obtenido será determinado por una auditoria profesional que (a costa de la Sociedad adjudicataria) se haga, antes del 31 de marzo de cada año, sobre las cuentas presentadas por dicha Sociedad en el año anterior, comenzando por las del año 2011 (ac. 8, fol. 22);

-Dicho beneficio neto obtenido debe suponer un exceso sobre el estimado (por la Sociedad adjudicataria, en el modelo económico-financiero que figurará como anejo al contrato) como mínimo por debajo del cual se rompe el *equilibrio financiero del contrato*; y que se basará en una ocupación, permanente y en rotación, del 22% de las 615 plazas de las que consta el aparcamiento (ac. 6, fol. 22);

-El *canon variable* consistirá en la cuantía resultante de aplicar un porcentaje del 20%, 30%, 40 o 50% al exceso de dicho beneficio neto obtenido, según, respectivamente, superase, al mínimo previsto, en un 10%, entre un 10 y un 15%, entre un 15 y un 20%, o entre un 20 y un 25% (ac. 7, fol. 22).

4/ Que las partes pactan (ac. 9, fol. 23) abonarse eventualmente una *compensación por ruptura del equilibrio económico del contrato* (AREC), en los siguientes términos:

-Debe concurrir el supuesto contemplado en la antes citada cl. 24.2,d) PCA, es decir, que “*se superen, en más o en menos de un 25%, las previsiones de demanda realizadas por el concesionario en su oferta*”;

-En tal caso, las partes deben acordar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en el plazo de 1 mes desde la presentación de las cuentas anuales auditadas;

-En defecto de dicho común acuerdo: i) la FRS abonará a la empresa adjudicataria la diferencia que exista entre el beneficio anual neto auditado obtenido y el previsto en el modelo económico-financiero del contrato, cuando aquel (es decir, el obtenido) sea inferior al 25% del previsto; y ii) la empresa abonará a la FRS dicha diferencia cuando dicho beneficio obtenido sea superior en un 25% al previsto.

5/ Que las partes aceptan como suficientes los elementos humanos, materiales y técnicos ofertados (acuerdo 5, fol. 22) y las demás condiciones de la oferta presentada (acuerdo final, fol. 23).

## **5. Fase de adjudicación.**

Englobamos en esta fase las siguientes actuaciones:

**A)** El **02-06-2010**, por Resolución del Director Gerente de la FRS (fols. 559-561) adjudicó *provisionalmente* el contrato a las 4 empresas ofertantes citadas.

**B)** El **02-06-2010**, el Director Gerente de la FRS publicó, en consecuencia, en el apartado *perfil del contratante* de la página *web* de la FRS en internet la citada Resolución de adjudicación *provisional* del contrato a favor de las precitadas empresas ofertantes (fols. 15, 284 y 618).

**C)** El **15-06-2010**, las cuatro empresas oferentes (aunque, como observa el voto particular al Dictamen de la CEI obrante en el fol. 784), en realidad una de ellas, *V.E.S.L.*, fue sustituida por otra denominada *S.A.L.*, que no había participado en la oferta ni figurado en la adjudicación), constituyeron, en forma mercantil de sociedad de responsabilidad limitada, la empresa *ACSL*, mediante EP otorgada ante el Notario de Logroño D. C.R.P.C, con el núm. 402 de su Protocolo (fols. 16 y 562-601).

**D)** El **02-07-2010**, el referido Director Gerente (en base a los precitados Acuerdos: i) de 14-02-2010, del Protectorado de la FRS, por el que se ratificaba a la FRS la facultad de contratar; y ii) de 24-06-2008, del Patronato de la FRS, por el que se le delegaba la facultad de actuar como órgano de contratación de dicha FRS, dictó la

Resolución de adjudicación *definitiva* del contrato (cfr. fols. 16, 618 y 619), por un precio de 8 millones de euros, sin IVA (9.440.000, con IVA).

## Quinto

### El contrato y sus modificaciones

#### 1. Contrato.

El **07-07-2010**, la FRS y ACSL formalizaron el contrato (fols. 15-48), el cual consta de 5 antecedentes y 13 cls. (fols 15 a 19), seguidas de 5 Anexos (fols. 6 a 48), que contienen, respectivamente, la precitada *Acta de 28-05-2010* de la fase de negociación (Anexo I) y el *modelo económico-financiero* del contrato, expresado en euros corrientes (Anexo II) y en valor actual (Anexo III), con otros aspectos económicos y técnicos (Anexo IV), así como un resumen de dicho modelo (Anexo V). En el referido contrato se estipulan, resumidamente, las siguientes condiciones:

**A) Objeto y duración:** El contrato tiene por objeto la explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento de vehículos del CIBIR (cl. 1ª), durante 40 años (cl. 8ª), siendo condiciones de la contratación, por orden de prelación (cl. 1ª) las siguientes: i) las contenidas en el propio *contrato*; ii) las contenidas en los *Anexos* del mismo; iii) las incluidas en el *PCA* y el *PPT*; iv) las incluidas en la *oferta* del adjudicatario y que no se opongan a las anteriores.

**B) Naturaleza:** El contrato es de naturaleza privada (cl. 2ª).

**C) Precio:** El precio del contrato está constituido por: i) un *canon fijo* de 8.000.000 euros más IVA, pagadero por la contratista en un plazo máximo de 3 meses (cls. 3ª y 4ª); ii) un *canon variable* sobre beneficio neto calculado en la forma antes pactada en el Acta de 18-05-2010 anexa al contrato (cl. 3ª); y iii) *intereses* moratorios, en su caso (cl. 5ª).

**D) Tarifas:** Las tarifas exigibles, por la empresa adjudicataria, a los usuarios del aparcamiento, se fijan, inicialmente: i) la de *abono* mensual, en 68,97 euros, sin IVA; ii) la de *rotación*, en 0,0259 euros/minuto; y iii) las de *nuevos servicios*, en la cantidad que sea propuesta por la empresa, y tras la correspondiente negociación, resulte aprobada por la FRS (cl. 6ª)

**E) Garantía:** La empresa ACSL presenta, como garantía definitiva, un aval bancario por importe de 400.000 euros, correspondiente al 5% del importe de adjudicación sin IVA (cl.7).

**F) Sumisión:** Las partes someten sus eventuales litigios a la jurisdicción de los Juzgados o Tribunales de La Rioja (cl. 13ª).

## **2. Actuaciones durante los años 2010-2013.**

**A)** El **06-08-2010**, se firma el **acta de entrega** del aparcamiento a ACSL, según refiere el dictamen de la CEI (fol. 705), aunque no consta en el expediente. En los fols. 673 y 784, se apunta que el aparcamiento entró en servicio el **08-08-2010**.

**B)** El **20-01-2012** (cfr. fols. 647, 682 y 784), ACSL presentó a la FRS el informe de la **auditoria de ACSL** correspondiente a los años **2010 y 2011**, en el que se indica: i) que FRS debe abonar a ACSL, como compensación para restablecer el equilibrio económico del contrato (AREC) un total de *2.493.077,29 euros* (de ellos, ***717.314,79 euros, por 2010, y 1.775.762,510 euros, por 2011***), cantidad resultante de sumar las pérdidas habidas y los beneficios dejados de percibir por ACSL en tales años.

**C)** El **27-01-2012** (cfr. fol. 705), se celebra una **primera reunión** entre FRS y ACSL, en la que, ante la crisis económica que determina una baja utilización del aparcamiento, se fija en los expresados *2.493.077,29 euros* la cantidad que FRS debe entregar a ACSL como compensación (AREC) para restablecer el equilibrio económico del contrato (de los cuales, *993.445,68 euros* deben ser pagados, antes de *18-07-2012*, en cuatro plazos), y en concepto de pago “***a cuenta del resultado reflejado en el informe de auditoría***” y sujeto a ulteriores posibles acuerdos que pudieran alcanzarse.

**D)** El **31-07-2012** (cfr. fol. 705), se celebra una **segunda reunión** para analizar la viabilidad de la explotación del aparcamiento y se acuerda reanudarla el *03-09-2012*.

**E)** El **03-09-2012** (cfr. fol. 705), se celebra una **tercera reunión**, en la que: i) FRS informa a ACSL que se han iniciado los trámites para el cerramiento (esto es, para establecer el pago con tarifa) del aparcamiento de la zona Oeste del HSP; y ii) ACSL solicita cobrar, como compensación económica, para restablecer el equilibrio financiero del contrato (AREC) y antes de *01-07-2012*, la cantidad de *841.903,72 euros*; y, además, antes de *31-12-2012*, la cantidad restante hasta llegar a una cifra de *1.500.000 euros*.

**F)** El **27-03-2013** (cfr. fols. 647, 682, 706 y 784), ACSL entrega a FRS la **auditoria del ejercicio 2012**, en la que se cifra en *3.419.070,31 euros* la compensación total que FRS debe pagar a ADSL como AREC, para restablecer el equilibrio financiero del contrato; aunque, para dicho ejercicio, sólo asciende a *1.767.896,76 euros* (de ellos, *576.742,84 euros*, por pérdidas; y *1.191.153,92 euros*, por beneficios dejados de percibir).

**G)** El **13-03-2013** (cfr. fol. 706), se celebra una **cuarta reunión**, en la que: i) FRS se compromete a pagar a ACSL, antes de *30-04-2013*, *658.096,25 euros* (correspondiente a

la compensación económica AREC del ejercicio 2012, cfr. fols. 647 y 682) “*a cuenta del restablecimiento del equilibrio económico*”; ii) ambas partes acuerdan iniciar negociaciones (que concluirían antes de 30-05-2013) con vistas a establecer un periodo transitorio, hasta 31-12-2015, que permita mantener *la concesión*.

**H)** El **02-08-2013** (cfr. fol. 706), ACSL entrega a FRS un escrito en el que reclama una compensación económica de 2.760.969,05 euros, más intereses moratorios legales, que resulta de sumar los importes calculados por las auditorías de los ejercicios 2011 (1.651.173,55 euros) y 2012 (1.109.800,51 euros), cuyos cálculos figuran en los fols. 647 y 682.

### **3. Primera modificación (de 19-09-2013).**

El **19-09-2013**, las partes contratantes, contando el Director Gerente de la FRS con autorización del Patronato de la misma (conferida ese mismo día, cfr. fol. 50) y previo informe favorable de la DGSJ (que no consta en el expediente, pero que se cita en el fol. 706), tras constatar que la crisis económica había alterado el equilibrio económico del contrato (pues, durante los ejercicios de 2010, 2011 y 2012, no se habían cumplido las expectativas de beneficio previstas en el *modelo económico-financiero* anejo al contrato), decidieron, de común acuerdo, no resolverlo sino modificarlo, en el sentido de suspender transitoriamente algunos pactos contractuales y sustituirlos por un *nuevo régimen contractual transitorio*, que comporta los pactos contractuales (pc) siguientes (fols. 51-55):

**A) Duración:** El periodo transitorio durará 4 años, desde 01-01-2013 hasta 31-12-2016 (pc.1, fol. 52), si bien, al final del documento (pc. 7 *in fine*, fol. 55), se establece, como fecha final del acuerdo, el 30-04-2017. La finalidad de este periodo es adoptar medidas para incentivar el uso del aparcamiento y evitar el déficit anual que presenta su explotación (pc.1-A, fol. 52).

**B) Obligaciones de la FRS:** Al efecto indicado, la FRS asume las siguientes obligaciones:

1/ Incentivar el uso del Aparcamiento del CIBIR: i) reordenando todos los demás espacios (se sobreentiende, de aparcamiento) afectos al servicio del HSP (para evitar aparcamientos indebidos); ii) recurriendo a la grúa municipal (para retirar vehículos mal aparcados); y iii) imponiendo, antes de *septiembre de 2015*, un precio público por aparcar en otros espacios de aparcamiento del HSP que hasta ahora eran de aparcamiento libre y gratuito (se refiere al apartamiento de la zona Oeste o de Servicios del HSP), los cuales pasarán así a ser cerrados y de pago (pc.1-B; fol. 52).

2/ Abonar, a ACSL, como pago “a cuenta” de las *compensaciones para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato* (AREC), una *cuantía anual máxima* (pagadera antes del 01-04-2014), que resulta de las siguientes operaciones: i) **incluir** el importe de la dotación de la *amortización contable anual del inmovilizado* de ACSL (que, en 2012, fue de 216.622,71 euros); y ii) **añadir** el importe de la dotación de los *costes financieros anuales* de la explotación (calculados en el 5% de 8.150.000 euros, que es la cantidad resultante de sumar el canon pagado a la FRS y el coste de la inversión inicial efectuada por ACSL); iii) **deducir** el importe (20.000 euros) del *canon anual* que ACSL debe pagar a la FRS por servicios y suministros generales; iv) **deducir** también el importe del resultado de la explotación anual auditada (antes del 31-01-2014), cuando sea positivo (*superavit*); v) **añadir** el importe del citado resultado de la explotación anual auditado, cuando sea negativo (*déficit*), pero con un límite máximo de 75.000 euros; vi) **efectuar**, antes de 15-11-2023 y como *pago a cuenta* (de la AREC) del año 2013, un abono, a ACSL, de 350.000 euros (pcs.1-C y 1-D, fols. 52 y 53).

**C) Previsiones de futuro:** Las partes convienen (pc.1-E, fol. 53) que, concluido el *periodo transitorio*, iniciarán un *periodo de negociación*, durante un máximo de 3 meses, en el que analizarán las cuentas anuales auditadas del mismo, y valorarán el resultado de la explotación y la evolución del equilibrio económico del contrato, para determinar la “viabilidad de *la concesión*”, pudiendo adoptar entonces alguna de las siguientes decisiones:

1/ La **continuidad** del contrato, en cuyo caso convienen:

-Que cuantificarán un nuevo porcentaje para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato (pc. 2, fol. 53), incluso con un ámbito superior a 1 año (pc. 3, fol. 53);

-Que estudiarán la posibilidad de ampliar en 4 años el plazo de duración del contrato *ex cl.* 24 PCA (pc. 2, fol. 53);

-Que ACSL (a partir de 01-01-2017) devolverá, a FRS, las AREC abonadas (por FRS a ACSL) durante el periodo transitorio antes expuestas, en unos porcentajes del 5, 10, 15, 20 o 30% de los ingresos de explotación, según éstos, respectivamente, oscilen entre 200, 600, 1.000, 1.400, 1.800 o más de 1.800 miles de euros, por lo que los primeros 200 mil euros están exentos (pc. 1-C, fol. 53).

2/ La **resolución** del contrato **por mutuo acuerdo**, ajustada a los siguientes criterios de negociación:

-Devolución, por ACSL a la FRS, del aparcamiento en perfectas condiciones de explotación (pc. 4.1, fol. 54), asumiendo la FRS la obligación de gestionarlo directamente durante al menos 10 años o, caso contrario, es decir, si se procede a la “*adjudicación de una nueva concesión*” (pc. 4.4, fol. 54), a pagar, a ACSL, 400.000 euros, en concepto de *compensación por costes de oportunidad y gestión* (este concepto, como veremos enseguida, se fija, en los demás casos, en 300.000 mil euros) .

-Devolución, por la FRS a ACSL, de la *garantía definitiva* (pc. 4.1, fol. 54).

-Abono, por FRS a ACSL y antes de 30-04-2017 (pc. 4.3, fol. 54), de una cantidad, en concepto de *compensación* (AREC), que resulta de las siguientes operaciones: i) **incluir** el *valor de la inversión total* efectuada (8.000.000 euros); ii) **añadir** el *valor de las inversiones iniciales* efectuadas y, en su caso, las de *reposición*; iii) **añadir** los *costes financieros* de la explotación (calculados en el 5%, por cada año transcurrido, de los 8.150.000 euros, que es la cantidad resultante de sumar el canon pagado a la FRS y el coste de la inversión inicial efectuada por ACSL); iv) **añadir** 300.000 euros anuales, en concepto de *compensación por costes de oportunidad y gestión* durante la vigencia del contrato (cantidad que puede ascender a 400.000 euros si la FRS adjudica de nuevo la concesión antes de 10 años); v) **deducir** 1.500.000 euros, en concepto de anticipos *a cuenta* (AREC) abonados por la FRS a ACSL *antes* del periodo transitorio; vi) **deducir** los *anticipos a cuenta* efectivamente abonados por la FRS a ACSL *durante* el periodo transitorio (*ex* los precitados pcs. 1-C y 1-D); vii) **deducir** los *beneficios* de ACSL *netos* (es decir, después de impuestos y de descontar los reintegros derivados del precitado pc.1-D).

3/ La **resolución** del contrato **sin mutuo acuerdo** (como las partes declaran ser el caso de la resolución por **rescate** u **otra causa no imputable** a ACSL), en cuyos casos, las partes acuerdan (pc. 5, fol. 54): i) que “*la cantidad resultante de la aplicación de los criterios fijados en el punto 4 tendrá carácter de mínimo*” ; ii) que dicha cantidad deberá hacerse efectiva, por FRS, a ACSL, a la resolución del contrato; y iii) que este pc.5 “*continuará vigente*” después del periodo transitorio pactado (pc.7.2, fol. 55).

**D) Efectos suspensivos:** Las partes acuerdan:

1/ Que, durante el periodo transitorio expresado, quedan suspendidos los efectos, de cuantas cls. del contrato de 07-07-2010 y del Acta de 28-05-2010 aneja al mismo, sean contrarias a lo pactado en esta modificación contractual de 19-09-2013 (pc. 7, fol. 55); y

2/ Que este acuerdo de modificación contractual de 19-09-2013 quedará sin efecto en caso de incumplimiento *sustancial*, por cualquiera de las partes, de las obligaciones asumidas, debiendo tener tal consideración de *sustancial* el impago de las cantidades previstas en los pcs. 1 y 4, en cuyo caso se aplicará el contrato inicial y su Anexo (pc. 6, fol. 55).

#### 4. Actuaciones posteriores en los años 2014 y 2015.

A) En fecha indeterminada, pero de **inicios de 2014** (cfr. fol. 785), ACSL presentó, a la FRS, el informe de **auditoría de ACSL** correspondiente al ejercicio **2013**, en el que se indica: i) que FRS debe abonar a ACSL, como compensación para restablecer el equilibrio económico del contrato (AREC) un total de *1.786.555,01 euros* (cfr. fols. 647 y 682).

B) En fecha indeterminada, pero de **inicios de 2015** (cfr. fol. 785), ACSL presentó, a la FRS, el informe **auditoría de ACSL** correspondiente al ejercicio **2014**, en el que se indica: i) que FRS debe abonar a ACSL, como compensación para restablecer el equilibrio económico del contrato un total de *1.766.977,60 euros* (cfr. fols. 647 y 682).

C) El **09-04-2015** (cfr. fol. 707), ACSL presenta a FRS un escrito en el que: i) recuerda que el incumplimiento del pago previsto antes de *01-04-2015* es causa de resolución del contrato; y ii) **reclama** el pago de *5.615.393,61 euros*, más intereses legales moratorios, en concepto de compensación económica (AREC) debida en total por la suma de las devengadas en los ejercicios de 2011 a 2014 (cuyo detalle obra en los fols. 647 y 682).

D) El **16-04-2015** (cfr. fol. 707), la FRS dirige un escrito a ACSL en el que: i) indica que el impago de la AREC antes de *01-04-2015* no es causa de resolución porque antes ha de determinarse el importe exacto de la compensación.

E) El **17-04-2015** (cfr. fol. 708), ACSL presenta a FRS un escrito en el que reclama, como AREC correspondiente a **2015**, la cantidad de *662.420,69 euros* (cfr. fols. 647 y 682).

F) El **27-04-2015** (cfr. fol. 708), la FRS y ACSL se cruzan escritos que coinciden en la conveniencia de tener una reunión para trazar la ruta de trabajo a seguir.

G) El **30-04-2015** (cfr. fol. 708), la FRS dirige un escrito a ACSL en el que comunica: i) que, el *04-05-2015*, pagará los precitados *662.420,69 euros* reclamados como AREC por ACSL; pero ii) que ACSL debe presentar un *Plan de viabilidad*.

H) El **17-12-2015** (cfr. fols. 674 y 708), ACSL envía, a FRS, un burofax en el que insta, a FRS, a que cumpla la obligación de haber convertido, antes de *01-09-2015*, en

aparcamiento de pago, el situado en la zona Oeste del HSP; y recuerda que el incumplimiento de tal obligación era *sustancial* a efectos del pc, 6 del Acta de 19-09-13, por lo que podía determinar la resolución del contrato.

I) En fecha indeterminada, pero de **inicios de 2016** (cfr. fol. 785), ACSL presentó, a la FRS, el informe **auditoria de ACSL** correspondiente al ejercicio **2015**, en el que comunica que FRS debe abonar a ACSL, como compensación para restablecer el equilibrio económico del contrato (AREC), un total de *1.777.573,13 euros* por las sumas devengadas desde 2011 hasta 2014 (cfr. fols. 647 y 682).

#### **5. Segunda modificación (de 26-01-2016).**

El **26-01-2016**, se celebró una reunión, de la que se levantó **Acta** (fols. 629-631), firmada por los representantes de ACSL y el Director Gerente de la FRS (que intervino junto con los siguientes altos cargos de la CAR: de la Consejería actuante, su titular y la SGT; y, de la de Administración pública y Hacienda, su titular y el DG de la OCP), que recoge los siguientes acuerdos contractuales (acs):

1/ Modificar el pc. 1-B del Acta de 19-09-2013 (por el que la FRS se comprometía a implantar antes de *01-09-2015* un precio público por aparcar en el aparcamiento libre y gratuito sito en la zona Oeste o de Servicios del HSP), en el sentido de que dicha fecha de implantación, para convertirlo en un aparcamiento cerrado y de pago, queda pospuesta hasta el *01-03-2016*, es decir, prorrogada, 5 meses más.

2/ Modificar el pc. 1-A del Acta de 19-09-2013 (por el que se estableció un periodo transitorio del contrato entre 01-01-2013 y 31-12-2016) en el sentido de prolongarlo durante el periodo comprendido entre 01-01-2013 y *01-04-2017*, es decir, por 3 meses más.

#### **6. Reclamación de ACSL.**

A) A fecha **19-05-2016** (cfr. fol. 785), de las **auditorias** de ADSL de los ejercicios **2010 a 2015**, resultaba una AREC, debida por FRS a ADSL, que ascendía a *9.592.079,79 euros* (de ellos, *2.898.848,56* por pérdidas y *6.693.231,23*, por beneficios dejados de percibir); si bien, de esta suma, FRS había pagado, a dicha fecha de *19-05-2016*, la cantidad de *3.504.033,02 euros*, por lo que, entonces, sólo adeudaba, a ACSL, la cantidad de ***6.088.046,76 euros*** (cfr. su detalle en fols. 647 y 682); y ello teniendo en cuenta que lo abonado tenía el carácter de **pagos a cuenta** de los acuerdos finales a los que, al respecto, se llegase en su momento (según las Actas de 27-01-2012 y 13-03-2013 y la modificación contractual de 19-09-2013).

**B)** El **19-05-2016**, ante el incumplimiento, por parte de FRS, de la promesa de cerrar el precitado Aparcamiento de la zona Oeste antes de *01-03-2016*, la empresa ACSL presenta una **reclamación** a FRS (cfr. fols. 675 y 761) en la que solicita que se le paguen los citados **6.088.046,76 euros**, más intereses legales moratorios, en aplicación de los pactos contractuales antes expresados. Tras la presentación de esta reclamación, se abre una nueva fase de negociación entre las partes que conducirá a una tercera modificación contractual.

### **7. Tercera modificación (de 08-06-2016).**

El **08-06-2016**, se celebró otra reunión, de la que se levantó **Acta** (fols. 56-57), firmada por los representantes de ACSL y el Director Gerente de la FRS (que intervino junto con los siguientes altos cargos de la CAR: de la Consejería actuante, su titular y la SGT; y, de la de Administración pública y Hacienda, su titular y el DG de la OCP), que recoge los siguientes acuerdos contractuales (acs):

1/ Modificar nuevamente el pc. 1-B del Acta de 19-09-2013, redactado por el Acta de 26-01-2016 (por el que la FRS se comprometía a implantar antes *01-03-2016* un precio público por aparcar en el aparcamiento libre y gratuito sito en la zona Oeste o de Servicios del HSP) en el sentido de que dicha fecha de implantación, para convertirlo en un aparcamiento cerrado y de pago, queda pospuesta hasta el *01-07-2016*, es decir, prorrogada, *3 meses más*.

2/ Modificar nuevamente el pc. 1-A del Acta de 19-09-2013, redactado por el Acta de 26-01-2016 (por el que se estableció un *periodo transitorio* del contrato entre *01-01-2013* y *01-04-2017*) en el sentido de prolongarlo durante el periodo comprendido entre *01-01-2013* y **30-04-2018**, es decir, por *13 meses más*.

3/ Modificar el pc. 1-C del Acta de 19-09-2013, redactado por el Acta de 26-01-2016 (por el que se estableció una AREC que debería eventualmente abonar la FRS a ACSL), en el sentido (fols. 56-58) de **añadir**, a las distintas partidas que conducen a su cálculo, una integrada, “*a partir del ejercicio 2016 inclusive*”, por el importe del “*Impuesto sobre beneficios, calculado en la cuenta de pérdidas y ganancias auditada*” de ACSL; volviendo a precisar que “*ésta compensación será considerada como aportaciones a cuenta del equilibrio económico-financiero del contrato, a semejanza de las restantes aportaciones pactadas al amparo del presente contrato*”, es decir, de las AREC.

4/ Mantener inalteradas las demás condiciones del contrato de 28-05-2010 y de su modificación de 19-09-2013.

## 8. Actuaciones posteriores en los años 2016 y 2017.

**A)** El **08-07-2016** (cfr. fol. 761), la FRS comunica a ACSL que el aparcamiento de la zona Oeste del HSP ha quedado cerrado (sometido a tarifa) y pendiente de recibir la máquina de cobro y expedición de tiques.

**B)** El **15-09-2016**, tres GP de la oposición (*Podemos La Rioja, Socialista y Ciudadanos*) solicitaron y obtuvieron la creación, en el Parlamento de La Rioja, de una **Comisión especial de investigación sobre la gestión de los aparcamientos del HSP** (CEI). Esta CEI allegó documentación y celebró sesiones durante los años **2016 a 2019** (cfr. fols. 747-756) y concluyó sus trabajos poco antes de la conclusión de la IX Legislatura, mediante un Dictamen de **01-03-2019** (fols. 747-772) que, aprobado el **14-03-2019** (fols. 690-765) por el Pleno de dicho Parlamento (DSPR núm. 76, de 14-03-2019), fue publicado el **21-03-2019** a texto completo (fols. 747-772, en BOPR, núm. 311, Serie B, de 21-03-2019), con votos particulares (fols. 773-790, en BOPR, núm. 312, Serie B, de 21-03-2019).

**C)** En fecha indeterminada, pero de **inicios de 2017** (cfr. fol. 675), ACSL presentó a la FRS el informe de **auditoría de ACSL** correspondiente al ejercicio **2016**, en el que consta que FRS debe abonar a ACSL, como AREC por dicho ejercicio la cantidad de 653.995,89 euros (cfr. fol. 675).

**D)** El **01-02-2017** (cfr. fol. 676), entró en vigor el Decreto 49/2016, por el que se estableció un **precio público** para el aparcamiento de la zona Oeste del HSP (BOR de 16-12-2016).

**E)** El **08-05-2017** (cfr. fol. 761), ACSL comunica a la FRS que considera innecesario trasladar más documentación a la FRS.

**F)** El **20-03-2017** (cfr. fol. 761), ACSL comunica a FRS que ésta ha incumplido su obligación de cerrar (someter a tarifa) el aparcamiento de la zona Oeste del HSP el **01-07-2016** pues, según noticias de prensa, menos de un 3% de los usuarios de dicho aparcamiento están pagando el precio público correspondiente.

## Sexto

### Negociaciones para la continuidad del contrato.

#### 1. Préstamo para financiación externa de ACSL

Sin que conste su **fecha** ni contenido en el expediente, el fol. 60 del mismo revela que ACSL había suscrito, con la entidad bancaria *B*, un **préstamo** para financiar en parte la explotación del Aparcamiento CIBIR

#### 2. Propuesta de FRS para la continuidad contractual.

**A)** El **24-07-2018**, el Patronato de FRS habiendo concluido, el *30-04-2018*, el régimen contractual transitorio pactado, y habiéndose, en consecuencia, abierto, hasta el *31-07-2018*, el plazo pactado de 3 meses para una negociación sobre la continuidad o no del contrato, facultó, a tal efecto, al Director Gerente de la FRS (fols. 60 y 78).

**B)** El **25-07-2018**, en ejecución del Acuerdo anterior, el Director Gerente de la FRS dirigió un burofax a ACSL (fols. 59-62) en el que proponía, a ACSL, la continuidad del contrato, con las siguientes condiciones:

*1/ Renegociación de la financiación externa:* ACSL, para tratar de conseguir una carga financiera menos gravosa, renegociaría el préstamo que, al parecer, había suscrito con la entidad bancaria *B*.

*2/ Aportación compensatoria:* FRS, para equilibrar la tesorería del negocio, efectuaría, en favor de ACSL, en forma de *préstamo participativo*, y desde 2019, una *aportación anual, variable* en función de la evolución del negocio, cuyo importe sería el resultado de: i) **sumar** el *EBITDA* (es decir, el resultado del negocio anual, antes de intereses, impuestos, depreciación y amortización); ii) **restar** la *cuota* anual *de amortización* del préstamo (principal, más intereses); y iii) **restar** la cuota del Impuesto de Sociedades (aunque esto sólo en 2019).

*3/ Devolución de aportaciones:* ACSL devolvería, a FRS, las cantidades (AREC) abonadas (por FRS a ACSL) durante todo el contrato, en unos porcentajes del 5, 10, 15, 20 o 30% de los ingresos de explotación, según éstos, respectivamente, oscilen entre 600, 1.000, 1.400, 1.800 o más de 1.800 miles de euros, por lo que los primeros 600 mil euros están exentos; en el bien entendido de que, si tales devoluciones terminaran cubriendo la totalidad de las cantidades aportadas por FRS,

el exceso sería considerado como una *participación de FRS en los beneficios* de la explotación.

4/ *Auditorias*: Para calcular todo ello, se realizarían las siguientes auditorias: i) anualmente, *una auditoría financiera*, a cargo de ACSL; y ii) periódicamente, *auditorias de gestión*, a cargo de FRS, que podría realizarlas con medios propios o contratarlas externamente.

### **3. Contrapropuesta de ACSL.**

El **27-07-2018**, es registrado de entrada en la FRS un escrito de ACSL que, contestando al burofax anterior, manifiesta lo siguiente (fols. 63-65):

1/ Respecto a la propuesta de *renegociación de la financiación externa*: Que ACSL la intentará, pero que, al depender de un tercero, como es la entidad bancaria prestamista, dicha renegociación no puede condicionar un pacto con FRS para la continuidad del contrato.

2/ Respecto a la propuesta de *aportación compensatoria*: Que ACSL la acepta, así como las bases para calcularla y que adopten la forma de *préstamos participativos*, pero entiende: i) que no deben comenzar en 2019, sino en 2018; y ii) que debe convenirse el régimen de tales *préstamos participativos*, en aspectos como si comenzarán con el eventual nuevo acuerdo que se pacte; si dependen de eventuales mejoras de la financiación; y si, en caso de “*finalización de la concesión*”, la parte no devuelta será objeto de condonación o capitalización.

3/ Respecto a la *devolución de aportaciones (AREC)*: Que ACSL la acepta en la forma propuesta, pero entiende que debe convenirse: i) el *orden de imputación* de las devoluciones; y ii) la conversión en *canon variable* de las eventuales devoluciones una vez efectuadas.

4/ Respecto a las *auditorias* Que ACSL acepta las financieras anuales, pero considera innecesarias las periódicas de gestión, habida cuenta que la FRS dispone de información periódica sobre la marcha del negocio.

5/ Respecto a *otras condiciones*, ACSL propone las siguientes: i) incluir *cls. de salvaguardia* que, ante eventuales incumplimientos de FRS, permitan a ACSL volver a la situación contractual anterior a la aceptación de la propuesta; ii) incluir la obligación de FRS de acometer inmediatamente las *reparaciones necesarias* que están pendiente; y iii) *ampliar* el régimen transitorio hasta **31-12-2019** para que ambas partes puedan consultar las propuestas a sus respectivos Servicios jurídicos.

## Séptimo

### Negociaciones para la resolución del contrato por mutuo acuerdo

#### 1. Tratos preliminares.

A) El **31-07-2018**, el Director Gerente de FRS, por burofax (fols, 66-67), contestó que postura de FRS consiste en: i) no aceptar la propuesta de prorrogar el régimen contractual transitorio hasta *31-12-2019*, aunque sí hasta *15-09-2018*; ii) plantear, si el *15-09-2018* no se ha llegado a un acuerdo, la **resolución del contrato** en aplicación del pc. 4 del Acta de 13-09-2013.

B) El **01-08-2018**, es registrado de entrada en la FRS un escrito de ACSL que, contestando al burofax anterior, manifiesta lo siguiente (fols. 69-70): i) que el *31-07-2018* concluyó el periodo de negociación pactado por las partes; ii) que ACSL no acepta prorrogarlo hasta *15-09-2018*; ii) que ACSL propone fijar una reunión (en los próximos 5 días hábiles) para pactar la **resolución contractual por mutuo acuerdo** prevista en el pc. 4 del Acta de 13-09-2013; iii) que la cantidad compensatoria (AREC) prevista en la cl. 4 del contrato debe ser pagada a ACSL antes del *31-08-2018*; y iv) que FRS tiene pendiente de pagar a ACSL la aportación (AREC) por el periodo transitorio entre *01-01-2018* y *30-04-2018*, calculada según el pc.1-c) del Acta de 13-09-2013, según la auditoria remitida en su momento.

C) El **29-08-2018**, el Patronato de la FRS acordó (fol. 79) autorizar al Director Gerente para presentar una propuesta a ACSL en la reunión prevista para el día siguiente.

D) El **30-08-2018**, se produjo una reunión entre las partes, que terminó sin acuerdo (según revela el documento obrante al fol. 72) y cuyo contenido se desprende de la propuesta que sigue (cfr. fol. 73).

#### 2. Propuesta de la FRS.

El **30-08-2018**, por burofax (fols. 71-75), el Director Gerente de la FRS comunica, a ACSL, que, ante la falta de acuerdo sobre la continuidad del contrato, propone la **resolución** del mismo **por mutuo acuerdo**, en los siguientes términos:

1/ *Devoluciones mutuas previas*. ACSL devolverá a FRS el aparcamiento en perfectas condiciones de explotación; y FRS devolverá a ACSL la garantía definitiva.

2/ *Compensación económica*. FRS pagará a ACSL una compensación económica por importe de **1.083.475,70 de euros** (fol. 75), resultante del siguiente cálculo: i)

partir de 8.000.000 de euros en concepto de *canon fijo* debido por ACSL; ii) añadir 331.876,95 euros, en concepto de *inversiones iniciales* efectuadas por ACSL; ii) restar 1.759.800,61 de euros, en concepto de *amortización de inversiones*; iii) sumar 485.000 euros, en concepto de *costes del capital* aportado por ACSL (al 5% durante los 8 años y 1 mes de duración del contrato, según cálculo detallado obrante al fol. 73); iv) adicionar 216.529,52 euros, en concepto de *costes de oportunidad y gestión* durante el contrato; v) deducir 5.679.021,33 euros, en concepto de anticipos (AREC) abonados a cuenta (por FRS, antes y durante del periodo transitorio, actualizados a la tasa de descuento del 5%, según cálculo detallado obrante al fol. 74); y vi) restar 511.108,83 euros, en concepto de resultados netos de ACSL (actualizados con la misma tasa, según cálculos detallados obrantes al fol. 74).

### **3. Contrapropuesta de ACSL.**

El **31-08-2018**, es registrado de entrada en la FRS un escrito de ACSL (fols. 76 y 77), por la que contesta que estaría dispuesta a aceptar la resolución del contrato por mutuo acuerdo, pero con las siguientes condiciones:

1/ Respecto a las *devoluciones mutuas previas*, ACSL las aceptaría si fueran simultáneas o posteriores al pago de la compensación económica.

2/ Respecto a la *compensación económica*, ACSL considera que la cantidad que la FRS debe pagar a ACSL asciende a **8.997.772,18 de euros** (resultante un informe de auditoría de **30-04-2018**, que no consta en el expediente, pero que ACSL afirma, en el fol. 76, que fue enviado en su día a FRS), al tiempo que expresa un total desacuerdo con los cálculos propuestos por la FRS al respecto.

## **Octavo**

### **Resolución del contrato por rescate**

#### **1. Informe-propuesta de resolución del contrato por rescate.**

**A)** El **03-10-2018**, el Patronato de la FRS analizó y aprobó (fol. 80) un informe-propuesta (al que enseguida aludiremos), del Director Gerente de la FRS, sobre el rescate del contrato (que se cita pero no consta en el expediente) y autorizar, al referido Director Gerente, para presentarlo a la SGT de la Consejería de Salud del Gobierno de la CAR, al efecto de que dicha Consejería inicie el procedimiento para la resolución del contrato por rescate.

**B)** El **04-12-2018**, el Director Gerente de la FRS emitió el referido **informe-propuesta** (fols. 1-14) en el que: i) constata, con datos económicos, que la evolución

económica de la explotación ha sido negativa, debido a una ocupación del aparcamiento inferior a la prevista que ha ocasionado pérdidas; iii) que tales pérdidas han sido compensadas por la FRS mediante aportaciones económicas (AREC); iv) que la FRS propuso a ACSL un *Plan de viabilidad* para la continuación del negocio e incluso para la resolución del contrato por mutuo acuerdo, sin obtener la aceptación de la empresa; iv) que el interés público requiere el rescate del contrato, previo pago de la indemnización correspondiente, en aplicación de la cl. 22.2 PCA; v) que la explotación directa por la FRS es más conveniente, porque ahorra a la misma las aportaciones (AREC) que viene efectuando y no tendría cargas financieras, ni gastos de gerencia y administración, según prueba mediante los cálculos que acompaña .

## **2. Informe de la OCP sobre el importe abonable a ACSL por el rescate.**

**A)** El **05-12-2018** consta (fol. 81) que la referida SGT remitió la documentación correspondiente (que se cita pero no consta en el expediente) a la OCP para la emisión del preceptivo informe.

**B)** El **17-12-2018**, consta: i) que, por un lado (fol. 103), la misma SGT recabó un informe definitivo a la Gerencia de la FRS, al que enseguida aludiremos; y ii) que, por otro lado, la OCP emitió un primer informe que luce en el expediente tachado como “anulado” (fols. 82-92), por lo que no lo consideraremos.

**C)** El **18-12-2018**, la OCP emitió el informe que luce en el expediente (fols. 93-102), que señala lo siguiente:

1/ Que la tasa de ocupación del aparcamiento prevista contractualmente (22%) ha sido mucho menor (4,41%, de media entre 2010 y septiembre de 2018), lo que hace económicamente inviable la explotación del aparcamiento.

2/ Que, para mantener el equilibrio del contrato, la FRS ha abonado a ACSL, como aportaciones compensatorias (AREC), 4.809.908,80 euros (de ellos, 1.499.999,99 euros, en el periodo desde 2010 hasta septiembre de 2013; y el resto, es decir, 3.309.908,81, en el periodo de régimen contractual transitorio desde septiembre de 2013 hasta abril de 2018), cantidad que, debidamente actualizada, asciende a **5.413.420,54 euros**.

3/ Que la ACSL no ha aceptado someterse a una reconversión (reducción de personal, renegociación de su financiación, reducción de costes, etc), y tampoco ha aceptado las propuestas de la FRS para la continuidad de la explotación ni para la resolución del contrato por mutuo acuerdo.

4/ Que el interés público requiere el rescate del contrato, compensando a ACSL según la legislación vigente (art. 259 LCSP'17) y las condiciones pactadas al efecto (cl. 22.2 PCA y ap. 45 CDTA), teniendo en cuenta que, especialmente éstas últimas, requieren el abono al contratista del *valor patrimonial de la inversión* (VPI, esto es, el daño emergente) y del *beneficio dejado de percibir* (BDP, esto es, el lucro cesante).

5/ Que procede cuantificar el **VPI** (daño emergente) en **6.572.076,34 euros** (cantidad que resulta de las siguientes operaciones: i) partir de 8.000.000 de euros de inversión por *canon fijo*; ii) añadir 331.876,95 euros, por *inversiones de iniciación y reposición*; y iii) restar 1.759.800,61 euros, por *cuotas de amortización* contabilizadas).

6/ Que, para cuantificar el **BDP** (lucro cesante), caben las siguientes **metodologías**:

**A)** Seguir los *criterios previstos en el contrato para el caso de resolución por causa imputable a la Administración, teniendo en cuenta, para el cálculo de los beneficios, las aportaciones* (AREC) efectuadas por la FRS a ACSL.

Este primer método consiste en partir de los beneficios de los últimos 5 años; actualizarlos a la tasa prevista en el *Plan económico-financiero* de la oferta; en cuyo caso, la media de los beneficios obtenidos por ACSL (en los 5 últimos años, desde 2013 hasta agosto de 2018, según su cuentas auditadas de pérdidas y ganancias) sería de 194.145 euros; cantidad ésta última que serviría de base para calcular los BDP de cada año de explotación restante (hasta el fin de la misma previsto para el año 2049), lo que (según los cálculos efectuados en el informe que nos ocupa), supondría un lucro cesante 1.413.669,93 euros, si no fuera porque, contabilizando las aportaciones (AREC) efectuadas, a ACSL por la FRS (por un importe actualizado de 5.413.420,54), dicho lucro cesante quedaría en **cero**; dando como resultado un **importe abonable como rescate** a ACSL de **1.158.655,80 euros** (resultante de restar, del precitado VIP de 6.572.076,34 euros, las expresadas aportaciones realizadas por FRS, por 5.413.420,54 euros).

**B)** Seguir los *criterios previstos en el contrato para el caso de resolución por causa imputable a la Administración, pero no teniendo en cuenta, para el cálculo de los beneficios, las aportaciones* (AREC) efectuadas por la FRS a ACSL.

Este segundo método es una variante del anterior consistente en no contabilizar las aportaciones (AREC) efectuadas por la FRS a ACSL. En concreto, estriba en partir de los beneficios de los últimos 5 años; actualizarlos

a la tasa prevista en el *Plan económico-financiero* de la oferta; en cuyo caso, la media de los beneficios obtenidos por ACSL (en los 5 últimos años, desde 2013 hasta agosto de 2018, según su cuentas auditadas de pérdidas y ganancias) sería de 194.145 euros; cantidad ésta última que serviría de base para calcular los BDP de cada año de explotación restante (hasta el fin de la misma previsto para el año 2049), lo que (según los cálculos efectuados en el informe que nos ocupa), supondría un lucro cesante 1.413.669,93 euros, dando como resultado un **importe abonable como rescate** a ACSL de **2.572.325,73 euros** (resultante de sumar, al precitado VIP de 6.572.076,34 euros, el expresado BDP de 1.413.669,93 euros, y restar el ya conocido importe de 5.413.420,54 euros, por las aportaciones -AREC- realizadas por FRS).

**C)** Seguir los *cráterios previstos en el art. 280.3 LCSP'17 (media aritmética de los beneficios y tasa de descuento por coste del capital medio ponderado)*.

El art 280.3 LCSP'17 regula los efectos de la resolución contractual en caso de rescate de concesiones de obras públicas (con un contenido idéntico al art. 295.4 LCSP'17 para las concesiones de servicios públicos), estableciendo que la Administración contratante “*indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen*”, teniendo en cuenta, para calcular la cuantía de dicha indemnización, “*los beneficios futuros que el concesionario dejara de percibir*”, los cuales se cuantificarán; i) si el tiempo restante fuere inferior al transcurrido, “*en la media aritmética de los beneficios antes de impuestos obtenidos durante un periodo de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión*”; ii) si el tiempo restante fuese superior al transcurrido, “*se tomará como referencia este último*”, es decir, el periodo de concesión ya transcurrido; y iii) en todo caso, “*la tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario*”.

Esto señalado, el informe de la OCP constata: i) que, en este caso, el periodo contractual transcurrido (desde 01-08-2010, hasta 31-08-2018) es inferior al restante (previsto hasta 2049), por lo que cifra en 549.156,62 euros los beneficios obtenidos durante dicho periodo (incluyendo las aportaciones -AREC- de la FRS) y su *media aritmética* en 67.936,93 euros, la cual sirve de base también para calcular los del periodo restante; iii) que la tasa de descuento aplicable es del 2,923% (resultante de aplicar una fórmula matemática para estimar el *coste del capital medio ponderado* querido por la Ley); iv) en definitiva, el BDP, según este método, asciende a 1.344.601,37 euros; dando como resultado un **importe abonable como rescate** a ACSL de **2.503.257,17 euros** (resultante de sumar, al precitado VIP de 6.572.076,34 euros, el expresado BDP de 1.344.601,37 euros, y restar el ya conocido

importe de 5.413.420,54 euros, por las aportaciones -AREC- realizadas por FRS).

### **3. Informe del Director Gerente de la FRS.**

El **18-12-2018**, el Director Gerente de la FSP emitió un informe, denominado *definitivo*, sobre el rescate (fols, 103-119) en el que: i) expone los antecedentes del contrato ya conocidos; ii) analiza la evolución negativa del negocio con los datos económicos que la reflejan; iii) resume las propuestas presentadas por la FRS para intentar la continuidad de la explotación, que no han sido aceptadas por ACSL; iv) razona y propone, como más favorable al interés público, que la FRS gestione directamente el aparcamiento; v) propone resolver el contrato por rescate en aplicación de la cl. 22.2 PCA; vi) propone fijar el importe pagadero por FRS a ACSL en concepto de indemnización por rescate en la cuantía señalada en la última de las alternativas metodológicas de cálculo señaladas en el informe de la OCP, es decir, en **2.503.257,17 euros** (recordemos que dicha cifra es la resultante de sumar, al VIP de 6.572.076,34 euros, un BDP de 1.344.601,37 euros, y restar 5.413.420,54 euros, por las aportaciones -AREC- realizadas por FRS); y vii) justifica la opción por dicha alternativa de cálculo en que es la resultante de aplicar la LCSP'17, cuya DT 1ª.1.3 la considera aplicable a los *“acuerdos de rescate que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor”*.

### **4. Informe de la SGT de la Consejería actuante.**

El **18-12-2018**, el Jefe de Servicio de Asesoramiento y Normativa de la SGT de la Consejería de salud emitió un informe (fols. 120-122) en el sentido de que, de la documentación precedente, se desprende: i) que la FRS propone un *“rescate contractual”*, en cuanto que la causa de extinción por rescate está prevista en el propio clausulado del contrato; ii) que la indemnización propuesta para ser abonada a ACSL es de 2.503.257,17 euros; iii) que la competencia para decidir el rescate corresponde al titular de la Consejería de salud, al ser dicha Consejería el órgano de la Administración al que está adscrito el *poder adjudicador*, cual es, en este caso, la FRS; pues así resulta del art. 319.2 LCSP'17, a cuyo tenor *“el rescate... se tendrá que acordar por...el órgano de la Administración autonómica...al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador”*; iv) que deben preceder los trámites de audiencia al contratista y avalista, en su caso; los informes de la OCP, la Intervención General y del Servicio Jurídico, así como, finalmente, el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja.

### **5. Resolución de inicio.**

El **19-12-2018**, la Excm. Sra. titular de la Consejería de salud dictó la Resolución de inicio (fols. 123-126) del procedimiento de rescate (en base a los arts. 190, 191 y 319.2 LCSP'17, en relación con el art. 109 RCAP'01, referentes a la resolución contractual por

rescate), fijando inicialmente la indemnización en 2.503.257,17 euros (sin perjuicio de lo que resulte del procedimiento); y dispuso la realización de los trámites de audiencia, informe y dictamen propuestos. El trámite de audiencia fue notificado, a ACSL, el mismo día (fols. 127-130)

## **6. Alegaciones de ACSL.**

A) El **07-01-2019**, ACSL presentó un escrito de alegaciones (fols. 131-137), en el que, resumidamente, se opone al rescate por los siguientes motivos:

1/ Que ACSL es una empresa mercantil privada que no tiene ninguna relación jurídica con el Gobierno de la CAR (entidad de Derecho público), sino sólo con la FRS, que es una Fundación también de Derecho privado.

2/ Que la relación jurídica que une a ACSL con la FRS es un contrato también de naturaleza jurídico-privada, según consta expresamente en su clausulado y resulta de la sumisión expresa de las partes a los órganos de la jurisdicción civil.

3/ Que, al ser de naturaleza privada, al contrato no le es aplicable la legislación vigente sobre contratos el sector público, sino su propio régimen jurídico-privado.

4/ Que ningún documento contractual atribuye al Gobierno de la CAR ninguna potestad o prerrogativa de Derecho público sobre el precitado contrato, como son las de considerarlo de Derecho público, calificarlo como concesión y resolverlo unilateralmente mediante rescate, con fijación unilateral de la indemnización procedente.

5/ Que las medidas de Derecho público que el Gobierno de la CAR pueda ejercer sobre la FRS en ejercicio de la función de Protectorado que le compete sobre sus Fundaciones es cuestión interna que no puede traducirse externamente en el ejercicio de potestades para ante terceros, como es la de rescate.

6/ Que la resolución contractual propuesta carece de justificación y motivación suficientes, pues las razones económicas aducidas no son responsabilidad de ACSL sino derivadas de la actuación desleal y fraudulenta de FRS.

7/ Que no se aceptan los cálculos económicos realizados por la OCP para cuantificar la indemnización procedente por rescate, ya que los mismos tergiversan, de forma injusta y errónea, el régimen jurídico aplicable al contrato, especialmente al partir de la aplicación al mismo de la legislación de contratos públicos.

8/ Que se le faciliten diversos documentos que no constaban en el expediente para formular nuevas alegaciones (como así se hizo en diversas comparecencias producidas durante el mes de **enero de 2019** y que constan en los fols. 139-154).

**B)** El **08-02-2019** (fols. 154-159), ACSL presentó nuevo escrito de alegaciones, en el que, a la vista de la documentación que se le ha facilitado, reproduce las formuladas, sin novedades dignas de mención.

### **7. Informe de auditoría externa.**

El **28-01-2019**, la Consultora *E.I.A.S.L.P.* emitió, a instancia de ACSL, un informe de auditoría sobre la situación contable de ACSL a fecha *31-12-2018* (fols. 510-547), en la que, por lo que ahora interesa, se concluye lo siguiente:

1/ Que la *continuidad* del contrato con vuelta a la aplicación de su clausulado original requeriría que FRS abonase a ACSL un importe global de **9.959.166,28 euros** (resultante, según detalle obrante al fol. 541, de la diferencia entre el importe de las aportaciones -AREC- anuales debidas, menos el importe de las ya abonadas).

2/ Que la *resolución* del contrato (por mutuo acuerdo) requeriría que FRS abonase a ACSL un importe global de **9.267.259,12 euros** (resultante, según detalle obrante al fol. 542 de: i) partir del *canon fijo* de 8.000.000 euros; ii) añadir 136.123,25, en concepto de coste de las *inversiones iniciales y de reposición*; iii) añadir 3.419.400,84 euros, en concepto de *costes financieros* del canon inicial y de las inversiones citadas; iv) añadir 2.521.643,84 euros, en concepto de *costes de oportunidad* y gestión; y v) restar 4.809.908,81, en concepto de *anticipos* abonados a cuenta (AREC) por FRS.

### **8. Propuesta de resolución de la SGT.**

El **18-03-2019**, la SGT emitió una Propuesta de resolución (fols. 161-171), en el sentido de que se proceda al rescate del contrato previo abono a ACSL de la cantidad indicada por la OCP, es decir, de 2.503.257,17 euros (fol. 171); y en la que, además, responde a las alegaciones presentadas por ACSL en sus dos referidos escritos, con los siguientes argumentos:

1/ A la *alegación de que ACSL es una empresa mercantil privada que no tiene ninguna relación jurídica con el Gobierno de la CAR (entidad de Derecho público), sino sólo con la FRS, que es una Fundación también de Derecho privado*; la SGT replica que: i) ACSL ha reconocido la intervención de autoridades del Gobierno de la CAR en diversos documentos y actuaciones del expediente (como, p.e, en la

reunión de 08-06-2016); y ii) que dicho Gobierno sólo interviene en cuanto que es el órgano competente para decidir sobre el rescate del contrato.

2/ A la alegación de que la relación jurídica que une a ACSL con la FRS es un contrato también de naturaleza jurídico-privada, según consta expresamente en su clausulado y resulta de la sumisión expresa de las partes a los órganos de la jurisdicción civil; la SGT responde: i) que la FRS, aunque tiene naturaleza de Fundación privada, pertenece al Sector público, donde tiene la condición de *poder adjudicador* a efectos de serle aplicable la legislación sobre contratos del sector público; y ii) que el contrato, aunque tiene naturaleza privada, contempla en su clausulado la potestad de resolución por rescate, la cual ha sido introducida en el mismo en ejecución de la libertad de pactos reconocida en el art. 1255 del Cc., en cuya virtud las partes también se han remitido, para la regulación de esta causa de resolución, al régimen jurídico-público establecido para ella en la legislación sobre contratos del sector público.

3/ A la alegación de que, al ser de naturaleza privada, al contrato no le es aplicable la legislación vigente sobre contratos el Sector público, sino su propio régimen jurídico-privado; la SGT contesta que, al pertenecer la FRS al Sector público, este contrato se rige por la LCSP'17, cuya DT 1ª.1.3 es clara al establecer su aplicación a los acuerdos de rescate que se realicen después de su entrada en vigor.

4/ A la alegación de que ningún documento contractual atribuye al Gobierno de la CAR ninguna potestad o prerrogativa de Derecho público sobre el precitado contrato, como son las de considerarlo de Derecho público, calificarlo como concesión y resolverlo unilateralmente mediante rescate, con fijación unilateral de la indemnización procedente; la SGT contesta que el Gobierno se ha limitado a ejercer las facultades que le confiere la legislación contractual aplicable para autorizar la contratación (art. 319.1 LCSP'17) y decidir su rescate (art. 319.2 LCSP'17).

5/ A la alegación de que las medidas de Derecho público que el Gobierno de la CAR pueda ejercer sobre la FRS en ejercicio de la función de protectorado que le compete sobre sus fundaciones es cuestión interna que no puede traducirse externamente en el ejercicio de potestades para ante terceros, como es la de rescate. la SGT contesta que el Gobierno se ha limitado a ejercer las facultades que le confiere la legislación contractual aplicable para autorizar la contratación (art. 319.1 LCSP'17) y decidir su rescate (art. 319.2 LCSP'17).

6/ A la alegación de que la resolución contractual propuesta carece de justificación y motivación suficientes pues las razones económicas aducidas no son responsabilidad de ACSL sino a la actuación desleal y fraudulenta de FRS; la SGT

contesta que no la FRS no ha incurrido en fraude alguno sino que se ha limitado a ejercitar las facultades que el clausulado contractual le confiere.

7/ A la alegación de que no se aceptan los cálculos económicos realizados por la OCP para cuantificar la indemnización procedente por rescate ya que los mismos tergiversan de forma injusta y errónea el régimen jurídico aplicable al contrato, especialmente al partir de la aplicación al mismo de la legislación de contratos públicos; la SGT contesta que la motivación de los cálculos está correctamente recogida en los informes al respecto de la OCP y de la propia Gerencia de la FRS.

8/ A la alegación de que se le facilitasen diversos documentos que no constaban en el expediente para formular nuevas alegaciones, la SGT contesta que todos los documentos pedido por ACSL le han sido facilitados en diversas comparecencias producidas durante el mes de **enero de 2019** (y que, efectivamente, constan en los fols. 139-154).

## **9. Informe de la DG de los Servicios Jurídicos.**

El **19-03-2019**, la SGT solicitó (fol.174) informe a la DG de los Servicios Jurídicos del Gobierno de la CAR, que lo emitieron el **03-05-2019** (fols. 178-193), con, en resumen, las siguientes observaciones:

1/ Que el rescate es una causa de extinción de los contratos de concesión de obras y servicios públicos mediante decisión unilateral de la Administración basada en razones de interés público, recogida: i) en la cl. 22.2 PCA (cuando permite que la FRS, una vez acordado el rescate, pueda gestionar el aparcamiento directamente o celebrar un nuevo contrato a tal efecto); ii) en el ap. 45 CDTA (cuando contempla al rescate como una de las causas específicas de resolución del contrato) iii) en la DT 1ª.1.3 LCSP'17 (cuando establece que dicha Ley será aplicable a los acuerdos de rescate que se realicen después de su entrada en vigor); iv) en el art. 319.2 LCSP'17 (cuando atribuye al órgano correspondiente la competencia para acordar los rescates); v) en el art. 294,c) LCSP'17 (cuando reconoce al rescate como causa de extinción del contrato de concesión de servicios públicos); vi) en los arts 269 y 286 LCSP'17 (cuando requieren que, en los rescates de concesiones, se acredite que la gestión directa por la Administración es más eficaz y eficiente que la concesional); y vii) en los arts 109 y 110 RCAP'01 (cuando establecen los requisitos del procedimiento para realizar el rescate, como son la audiencia del concesionario y, en su caso, de su garante, el informe jurídico y el dictamen del Consejo Consultivo si hay oposición del concesionario).

2/ Que el contrato es de naturaleza privada, porque: i) la FRS es una Fundación privada, aunque se integre en el *Sector público* (según los arts. 53 a 56 de la Ley

3/2003) y tenga el carácter de *poder adjudicador* (según el art. 3 LCSP'07); ii) el contrato es de los privados a que se refiere el art. 20.2 LCSP'07; pero dicha naturaleza privada no impide la aplicación al mismo del rescate como causa de resolución cuando, como sucede en este caso, dicha causa: i) ha sido aceptada, libre y voluntariamente, por las partes en los documentos contractuales (al firmar la precitada cl. 22.2 PCA y el también citado ap. 45 CDTA), en aplicación de la libertad de pactos reconocida en los arts. 25 LCSP'07, 34.1 LCSP'17 y 1255 Cc.; y ii) ha sido prevista como aplicable por el art. 319 LCSP'17 (cuando atribuye al órgano correspondiente la competencia para acordar los rescates).

3/ Que concurren los requisitos exigidos por la legislación para resolver un contrato mediante rescate: i) el interés público, pues el negocio está siendo deficitario y sólo se ha mantenido mediante constantes aportaciones económicas de la FRS; y ii) la conveniencia de la gestión directa, pues el informe de la Gerencia de 18-12-2018 ha probado que evitaría los actuales costes en amortización del canon, cargas financieras y retribuciones de administradores y directivos.

4/ Que se han cumplido los requisitos legales de competencia para acordar el rescate (art. 319.2 LCSP'17) y los trámites procedimentales previstos al efecto (cfr. art. 109 RCAP'01), obrando en el expediente las alegaciones del contratista y el informe económico de la OCP.

#### **10. Actuaciones de la IGCAR: auditoría pública 2018 de la FRS, encargada y asumida por la IGCAR; e informe sobre la Propuesta de rescate.**

A) El **07-05-2019**, la SGT solicitó (fol. 639) informe, a la IGCAR, sobre la Propuesta de resolución para el rescate que nos ocupa.

B) El **20-06-2019**, la IGCAR presentó: i) el *informe definitivo de auditoria de las cuentas anuales de la FRS a 31-12-2018* (fols. 642-649); y ii) un *informe complementario* al anterior (fols. 650-689); de cuyo conjunto, destacan las siguientes observaciones relativas al contrato que nos ocupa:

1/ Que la auditoria de las cuentas de la FRS a 31-12-2018 ha sido elaborado (fol. 645), por encargo de la IGCAR (que cita la NT'07 como normativa que así lo permite *ex* la DA 2 LGP'3), por la antes referida Consultora *E.I.A.S.L.P.* (que había auditado, en el mismo periodo, las cuentas de la empresa ACSL), sin encontrar incompatibilidad alguna en ello (fol 64).

2/ Que, a juicio de la IGCAR, la FRS cometió, aunque luego corrigió, un error contable, consistente en cargar, en la *cuenta núm 181*, destinada a los *anticipos recibidos por prestaciones de servicios* (en la que se incluyó correctamente el canon

fijo, de 8.000.000 euros, pagado en su día por ACSL), las aportaciones (AREC) que, para reequilibrar económicamente el contrato, se han ido haciendo anualmente a ACSL entre 2011 y 2017 (por un total de 4.809.908,81 euros), como si fuesen cuotas de amortización o de devolución del pago inicial hecho por ACSL); cuando lo correcto, a juicio de la IGCAR, era cargar tales ARECs, como *pérdidas* de cada ejercicio, en la *cuenta de resultados*, ya que tratan de cubrir *déficits* de la explotación; como así se ha hecho, por indicación de la IGCAR, mediante una rectificación contable en ambas cuentas, a partir del ejercicio 2018.

3/ Que la FRS, en aplicación del *principio contable de precaución* y siguiendo también indicaciones de la IGCAR, ha incluido en su *activo* contable una *provisión* para hacer frente a posibles reclamaciones de ACSL; pero lo ha hecho por importe de 9.267.259,12 euros (que es el calculado por la precitada Consultora para ACSL para caso de *continuidad* del contrato al cierre contable del ejercicio 2017), por lo que una eventual reclamación, de ACSL contra FRS, por un importe total de 9.959.166,28 euros (que es el calculado por la misma Consultora para ACSL para caso de *resolución* del contrato, según detalle del fol. 682), descuadraría, en 691.807,16 euros, la referida situación contable de la FRS; por lo que tal incertidumbre pesa sobre la misma (fols. 647 y 682).

C) El **25-06-2019**, la **IGCAR** emitió (fols. 639-641) el **informe** que le había sido solicitado por la SGT el 07-05-2019, señalando, sobre lo expresado en la precitada auditoria:

1/ Que la IGCAR no se pronuncia sobre la procedencia del rescate ni sobre si la gestión directa por parte de la FRS es más eficaz y eficiente que la concesional; aunque discrepa de que la gestión directa ahorre todos los costes de personal y gestión, pues, a su entender, la cuantificación de estos conceptos no está suficientemente razonada.

2/ Que la IGCAR discrepa con el informe de la OCP en que, para calcular el importe del rescate, haya que descontar, del VPI o valor patrimonial de la inversión (es decir, básicamente del importe del canon fijo pagado por ACSL), las AREC o aportaciones realizadas por la FRS para mantener el equilibrio financiero del contrato, ya que tales AREC tenían como finalidad restablecer dicho equilibrio y no ser computadas como si fueran *cuotas de amortización* de la inversión, máxime si, como justificación de la futura gestión directa, se aduce el ahorro que supondría el no tener que pagar dichas *cuotas*.

## Noveno

### Otras actuaciones

#### 1. Informes del Tribunal de Cuentas.

Este Consejo sólo ha tenido conocimiento de los informes de fiscalización del TCu publicados en el BOE sobre la contabilidad de la CAR correspondientes a los ejercicios entre 2010 y 2015.

##### A) De los ejercicios 2010-2011.

El **08-04-2014**, la *Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas* (TCu) aprobó el *informe anual* de dicho TCu *sobre la fiscalización de la CAR en los ejercicios 2010-2011*, que fue publicado en el BOE núm. 161, de **03-07-2014** (fols. 791-970).

Este informe efectúa las siguientes observaciones sobre la contratación que nos ocupa: i) en el ap. II.4 *in fine* (pag. 50979 del BOE, fol. 842), que se desconoce el efecto que la decisión adoptada por la FRS de efectuar aportaciones (AREC) a ACSL para mantener el equilibrio económico del contrato pueda tener sobre el patrimonio de la FRS; ii) en el ap. II.8.2.5 (pág 51030 del BOE, fol. 893), que la admisión a la adjudicación de una SL en constitución excede de la autorización contenida en el CDTA para la admisión de empresas de reciente constitución, altera las previsiones de solvencia de los oferentes iniciales e infringe el principio de libre concurrencia; y que el proceso negociador abierto tras la adjudicación se ha extendido sobre aspectos que contradicen el contenido de la oferta presentada (que excluye un canon variable) y no previstos en el referido CDTA (como incluir un canon por servicios generales o constituir garantías).

##### B) Del ejercicio 2012.

El **12-06-2017**, la *Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas* (TCu) aprobó el *informe anual* de dicho TCu *sobre la fiscalización de la CAR en el ejercicio 2012*, que fue publicado en el BOE núm. 181, de **31-07-2017**, que, sobre la contratación que nos ocupa, se limita a constatar que la FRS ha contabilizado 842 miles de euros aportados a ACSL como AREC para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato (fols. 972-973), sin más comentarios.

##### C) Del ejercicio 2013.

El **12-06-2017**, la *Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas* (TCu) aprobó el *informe anual* de dicho TCu *sobre la fiscalización*

de la CAR en el ejercicio 2013, que fue publicado en el BOE núm. 182, de **01-08-2017**, que, sobre la contratación que nos ocupa, se limita a constatar: i) que la IGCAR ha observado una infravaloración de las cantidades provisionadas en contabilidad por la FRS para hacer frente a una posible resolución del contrato (fol. 975); ii) que la FRS ha efectuado una aportación (AREC) a ACSL de 658 miles de euros para restablecimiento del equilibrio contractual y ha pactado un régimen transitorio al efecto (fol. 976); iii) que la necesidad de celebración del contrato presentaba falta de motivación ya que se preveía construir otros tres aparcamientos gratuitos en el entorno (fol. 977) lo que ha motivado falta de ocupación y la necesidad de modificar el contrato (fol. 978), sin más justificación de la poca ocupación del apartamiento que la presentada por la propia empresa (fol. 978).

#### **D) Del ejercicio 2014.**

El **12-06-2017**, la *Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas (TCu)* aprobó el *informe anual* de dicho TCu *sobre la fiscalización de la CAR en el ejercicio 2014*, que fue publicado en el BOE núm. 184, de **03-08-2017**, que, sobre la contratación que nos ocupa, se limita a constatar que la FRS ha efectuado una aportación (AREC) a ACSL de 662 miles de euros para restablecimiento del equilibrio contractual (fol. 983), sin más comentarios.

#### **E) Del ejercicio 2015.**

El **27-02-2018**, la *Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas (TCu)* aprobó el *informe anual* de dicho TCu *sobre la fiscalización de la CAR en el ejercicio 2015*, que fue publicado en el BOE núm. 101, de **26-04-2018**, que, sobre la contratación que nos ocupa, se limita a constatar que la FRS ha efectuado a ACSL desde 2015 hasta 2018 aportaciones (AREC) para el restablecimiento del equilibrio contractual por importe de 2.862 miles de euros (fol. 986), y ha recibido de ACSL una reclamación por importe de 6.088 miles de euros, aunque se han reanudado las negociaciones y no le constan al TCu la resolución del contrato.

### **2. Actuaciones de la Fiscalía.**

**A)** En fecha desconocida, el representante de la FSP (*Federación de empleados y empleadas de los Servicios públicos*) del Sindicato *UGT de La Rioja* presentó, como integrante de la *Plataforma por un aparcamiento y libre y sin barreras*, una denuncia ante la FECCO (*Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada*) para que investigara las actuaciones llevadas a cabo en la contratación y explotación del aparcamiento que nos ocupa, al entender que era lesiva para los caudales públicos (cfr. fol. 988 y 989).

**B)** El **15-03-2017**, la FECCO remitió dicha denuncia a la FRS (*Fiscalía Superior de La Rioja*) que, como competente en el asunto (*ex. art 19.4 EOMF e Instrucción 4/2006 de la FGE*), abrió las Diligencias de investigación penal núm. 21/2017, por posible delito de malversación de caudales públicos, realizando, a continuación las investigaciones procedentes.

**C)** El **31-05-2017**, la citada FRS dictó Resolución ordenando el **archivo** de las actuaciones puesto que el TCU ha auditado la actuación del Gobierno de la CAR y, en concreto, la contratación expresada, sin encontrar irregularidad alguna, por lo que tampoco procede apreciar delito en ella.

**D)** El **21-03-2019**, el *BOPR núm. 312, serie B*, publicó (cfr. fols. 788 y 789) el voto particular del GP *Ciudadanos* al Dictamen de la CEI del Parlamento de La Rioja sobre la contratación que nos ocupa, en el sentido de que el pago a ACSL de las AREC podían ser constitutivas de delito de administración desleal; postura que no fue asumida en el referido dictamen de la CEI y que es criticada en el voto particular del GP *Popular*, basándose en que ni el TCU ni la FRS han encontrado irregularidades sancionables.

## **Décimo**

### **Recapitulación sobre los documentos contractuales**

Ante la complejidad, número, volumen y dispersión de los documentos contractuales en el expediente (pliegos, oferta, contrato, modificaciones del mismo) y, habida cuenta de que el presente dictamen versa exclusivamente sobre la Propuesta de rescate del contrato que nos ocupa, hemos considerado oportuno exponer previamente, a modo de recapitulación y para mayor claridad, la siguiente refundición de las condiciones contractuales pactadas por las partes que deben considerarse vigentes al emitir el presente dictamen y que servirán de base al mismo:

#### **1. Las partes contractuales.**

##### **A) Parte concedente.**

La parte contratante que confiere la explotación del aparcamiento, y a la que en este dictamen denominaremos parte **concedente**, es la FRS, a cuya naturaleza, régimen jurídico y posición contractual dedicaremos luego un FJ especial.

##### **B) Parte concesionaria.**

Sin perjuicio de lo que también más adelante indicaremos, baste ahora señalar que la parte contratante que asume la explotación del aparcamiento, y a la que en este dictamen

denominaremos parte **concesionaria**, es la empresa ACSL, de la que ahora sólo debemos destacar que, en el Acta de **28-05-2010**, aneja al contrato (fols. 21-24), se pactó: i) que las empresas ofertantes formarían una única Sociedad, denominada *A.C.S.L.* (ACSL), a la que la FRS adjudicaría el contrato para explotar el aparcamiento; y ii) que dicha empresa adjudicataria se entendería, a efectos registrales, durante ese tiempo, como titular de un derecho de uso y disfrute, limitado a la explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento CIBIR, con arreglo al PCA y al PPT de licitación (ac. 2, fol 21).

## **2. El contrato.**

### **A) Naturaleza y régimen jurídico.**

El contrato fue firmado entre las referidas partes el **07-07-2010**. A su **naturaleza y régimen jurídico** dedicaremos también un FJ especial, bastando ahora partir de que: en su cl. 2ª, se afirma que tiene naturaleza privada; y, en su cl. 1ª, se pactó que son condiciones de la contratación, por **orden de prelación**: i) las contenidas en el propio *contrato*; ii) las contenidas en los *Anexos* del mismo; iii) las incluidas en el *PCA* y el *PPT*; y iv) las incluidas en la *oferta* del adjudicatario que no se opongan a las anteriores; si bien, como luego señalaremos, eso no impide la aplicación al mismo de determinadas disposiciones legales.

### **B) Objeto.**

El **objeto** de este contrato es la explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento de vehículos del CIBIR (cl. 1ª).

### **C) Duración.**

En cuanto a la **duración** del contrato, se ha pactado que sea de 40 años (cl. 8ª); pero, entre *01-01-2013* y *30-04-2018*, ha estado sujeto a un **régimen transitorio**, con las siguientes características:

**-Periodo:** i) fue establecido en la modificación contractual de **19-09-2013** (fols. 51-55), para un periodo de 4 años, *desde 01-01-2013 hasta 31-12-2016* (pc.1, fol. 52), si bien, al final del documento (pc. 7 *in fine*, fol. 55) se fijó su final en el *30-04-2017*; ii) tenía como objeto adoptar, durante el mismo, medidas que incentivasen el uso del aparcamiento y evitasen el déficit anual que presentaba su explotación (pc.1-A, fol. 52); iii) fue modificado por el Acta de **26-01-2016** (fols. 629-631), que prologó su duración hasta *01-04-2017*, es decir, por 3 meses más; y iv) fue nuevamente modificado por el Acta de **08-06-2016**, (fols. 56-57) que la volvió a prolongar hasta *30-04-2018*, es decir, por 13 meses más.

**-Contenido:** Lo iremos exponiendo al tratar de cada uno de los aspectos contractuales a los que afecta.

**-Efectos:** En la citada modificación contractual de **19-09-2013**, las partes pactaron los siguientes **efectos suspensivos**:

1/ Que, durante el periodo transitorio expresado, quedaban suspendidos los efectos de cuantas cls, del contrato de 07-07-2010 y del Acta de 28-05-2010 aneja al mismo, fueran contrarias a lo pactado en esta modificación contractual de 19-09-2013 (pc. 7, fol. 55); y

2/ Que esta modificación contractual de 19-09-2013 quedara **sin efecto en caso de incumplimiento sustancial**, por cualquiera de las partes, de las obligaciones asumidas, debiendo tener tal consideración de *sustancial* el impago de las cantidades previstas como AREC en los pcs. 1 y 4 (sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato, a las que luego aludiremos), **en cuyo caso, se aplicaría el contrato inicial y su Anexo** (pc. 6, fol. 55).

3/ Que, en el Acta de **08-06-2016** (fols. 56-57), las partes pactaron mantener **inalteradas las demás condiciones** del contrato de 28-05-2010 y de su modificación de 19-09-2013.

**D) Sumisión:** En el contrato de 07-07-2010, las partes someten sus eventuales litigios la jurisdicción de los Juzgados o Tribunales de La Rioja (cl. 13ª).

### **3. Precio.**

El precio debido por ACSL a FRS comprende los siguientes conceptos:

**A) Canon fijo:** i) en la oferta, se cifró en 8.000.000 euros, más IVA, o sea, en 9.280.000 euros (fol 604); ii) en el contrato, se añadió que sería pagadero por la contratista en un plazo máximo de 3 meses (cls. 3ª y 4ª); y iii) en el Acta de 28-05-2010, se aclaró que tales tres meses se contarían desde la formalización del contrato (acs. 3 y final, fols. 22 y 24).

**B) Canon anual:** i) en el Acta de 28-05-2010, figura este concepto que es cifrado en 20.000 euros cada año (actualizables por aplicación del IPC), como compensación de los servicios generales y suministros facilitados por la FRS (ac. 11, fol.23).

**C) Canon variable:** i) en el contrato, se pactó que este concepto se calcularía en la forma pactada en el Acta de 28-05-2010 anexa al contrato (cl. 3ª); y ii) en dicha Acta, se

determina que consiste en un porcentaje del *beneficio neto* (antes de impuestos) *anual*, obtenido por la empresa y fijado con arreglo a los siguientes criterios (fols. 22 y 23):

1/ Que dicho *beneficio neto* obtenido será determinado por una auditoria profesional que (a costa de la Sociedad adjudicataria) se haga, antes del 31 de marzo de cada año, sobre las cuentas presentadas por dicha Sociedad en el año anterior, comenzando por las del año 2011 (ac. 8, fol. 22);

2/ Que dicho *beneficio neto* obtenido debe suponer un exceso sobre el estimado (por la Sociedad adjudicataria, en el modelo económico-financiero que figura como anejo al contrato) *como mínimo* por debajo del cual se rompe el *equilibrio financiero del contrato*; y que se basará en una ocupación, permanente y en rotación, del 22% de las 615 plazas de las que consta el aparcamiento (ac. 6, fol. 22).

3/ Que el *canon variable* consistirá en la cuantía resultante de aplicar un porcentaje del 20%, 30%, 40 o 50% al *exceso* de dicho beneficio neto obtenido, según, respectivamente, dicho exceso supere, al precitado *mínimo* previsto, en un 10%, entre un 10 y un 15%, entre un 15 y un 20%, o entre un 20 y un 25% (ac. 7, fol. 22).

**D) Intereses moratorios:** En el contrato, se pactó exigirlos en su caso (cl. 5ª).

#### **4. Inversiones.**

Se prevé que la empresa contratista efectúe las siguientes inversiones:

**A) Inversión inicial:** i) en la oferta, se cifró, para adaptar el aparcamiento, en **150.000 euros**, aproximadamente (fol. 604); ii) en el Acta de **28-05-2010** (ac. 4, fol. 22), se la denominó como *inversiones de puesta en funcionamiento* de la explotación y se las valoró estimativamente de común acuerdo en los expresados 150.000 euros.

**B) Inversiones de mantenimiento:** i) en la oferta y para durante los 40 años de duración del contrato, fueron estimadas en la cantidad total de 2.979.006 euros (fol. 604); ii) en el Acta de **28-05-2010** (ac. 4, fol. 22), fueron valoradas estimativamente de común acuerdo en los citados **2.979.006 euros**.

**C) Aportación de recursos técnicos:** i) en la oferta (fols. 605-608), se incluyó la aportación de *recursos técnicos* para la explotación del aparcamiento, tanto de personal como de material (sistemas de control, equipos de seguridad, programas informáticos de gestión, mobiliario y equipamiento de oficina); ii) en el Acta de 18-05-2010, las partes aceptan como suficientes los elementos humanos, materiales y técnicos ofertados (ac.5, fol. 22) y las demás condiciones de la oferta presentada (ac. final, fol. 23).

## **5. Garantía.**

En el contrato, ACSL prestó, como *garantía definitiva*, un aval bancario por importe de 400.000 euros, correspondiente al 5% del importe de adjudicación sin IVA (cl.7).

## **6. Financiación.**

**A) Por la propia empresa contratista.** En la oferta, se señala que la financiación del proyecto de explotación del Aparcamiento será cubierta al 100% por las 4 empresas ofertantes (a razón de un 25% cada una)

**B) Por entidades financieras externas.** En la misma oferta se señala que las empresas ofertantes tratarán de obtener financiación externa al efecto (fol. 612-616), y así aparecen referencias en el expediente a que, efectivamente, ACSL cuenta con una financiación, al parecer, del B.S, mediante un préstamo al 5% cuyas condiciones desconocemos.

**C) Garantías reales.** En el Acta de 28-05-2010 (fols. 21-24), consta que la FRS facilitaría que la empresa adjudicataria pudiera constituir hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre elementos del contrato susceptibles de tales garantías (ac. 10, fol. 23).

**D) Tarifas a usuarios.** En la oferta, se propusieron las siguientes tarifas para los usuarios del aparcamiento: la de rotación, en 0,0259 euros por minuto; y la de abono mensual, en 68,97 euros al mes; las cuales fueron ratificadas en el contrato, si bien se añadió una tarifa por *nuevos servicios*, en la cantidad que fuere propuesta por la empresa y que, tras la correspondiente negociación, resultare aprobada por la FRS (cl. 6ª).

**7. Equilibrio económico del contrato.** Aunque el contrato debe ejecutarse “*a riesgo y ventura del contratista*” (cfr. cl. 24.1 PCA), varios documentos contractuales fijan cuál es el *equilibrio económico* sobre cuya base se celebra el contrato y prevén AREC, es decir, aportaciones compensatorias anuales (aunque *a cuenta* del resultado final cuando concluya el contrato), para restablecer dicho equilibrio económico contractual cuando el mismo sea alterado; concretamente, tales documentos contractuales son los que establecen los siguientes regímenes al respecto:

### **A) Régimen previsto en el PCA.**

La **cl. 24 PCA**, sobre “*mantenimiento del equilibrio económico del contrato*”, establece lo siguiente:

1. La ejecución del contrato se desarrollará **a riesgo y ventura del contratista**. No obstante, lo anterior, el régimen económico del presente contrato deberá mantener las condiciones de **equilibrio económico-financiero** en los términos considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del contratista, de conformidad con lo previsto en la presente Cl, y de acuerdo a la legislación vigente.

2. La FRS deberá restablecer el equilibrio económico financiero del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la FRS modifique, por razones de interés público motivadas por necesidades nuevas o causas imprevistas debidamente justificadas en el expediente, las condiciones de explotación del Aparcamiento establecidas en el presente PCA.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones no previstas, tanto de la FRS como de la Consejería de Salud o del SERIS, modifiquen o alteren de forma sustancial la prestación del servicio o el equilibrio económico del contrato.

c) Cuando se produzcan el resto de circunstancias expresamente previstas en el presente PCA.

d) Cuando se supere en más o en menos de un 25% las previsiones de demanda realizadas por el concesionario en su oferta.

3. Exceptuando aquellos supuestos en los que se opte por la resolución del contrato, el restablecimiento del equilibrio económico financiero del mismo en los supuestos en que resulte procedente, de conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, se realizará mediante la adopción de común acuerdo de alguna de las medidas siguientes:

a) Modificación de las tarifas o precios.

b) Modificación del plazo del contrato.

c) Compensación económica.

d) Cualquier otra modificación de las Cls. de contenido económico del presente PCA.

e) La combinación de alguna de las medidas descritas en los apartados anteriores.

4. El restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, al exclusivo efecto de compensar las repercusiones directamente derivadas de los supuestos anteriormente señalados, dará lugar a la revisión del modelo económico-financiero del contrato. **Para el supuesto de la cl. 24.2.d), esta revisión será anual, en base a las cuentas auditadas al cierre del ejercicio anterior, y se hará tantas veces como sea preciso, durante el periodo de vigencia del contrato**".

## **B) Régimen previsto en la oferta de 09-03-2010.**

En la oferta de la contratista (fol. 609), se indicó que, para calcular el *equilibrio económico* del contrato ex cl. 24. PCA, se parte de las siguientes previsiones de demanda: 615 plazas ofertadas, de las cuales: i) 61 plazas de media, estarían abonadas durante todo

el año a la tarifa de abono mensual; y ii) 135 plazas de media, estarían abonadas durante todo el año a tiempo total y a la tarifa de rotación.

### **C) Régimen previsto en el Acta de 28-05-2010.**

En la referida Acta (fols. 21-24), las partes pactaron (ac. 9, fol. 23) abonarse eventualmente una *compensación por ruptura del equilibrio económico del contrato* (AREC), en los siguientes términos:

1/ Que debe concurrir el supuesto contemplado en la antes citada cl. 24.2,d) PCA, es decir, que “*se superen, en más o en menos de un 25%, las previsiones de demanda realizadas por el concesionario en su oferta*”.

2/ Que, en tal caso, las partes deben acordar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en el plazo de 1 mes desde la presentación de las cuentas anuales auditadas.

3/ Que, en defecto de dicho acuerdo: i) la FRS abonará a la empresa adjudicataria la diferencia que exista entre el beneficio anual neto auditado *obtenido* y el *previsto* en el modelo económico-financiero del contrato, cuando aquel (es decir, el *obtenido*) sea inferior al 25% del *previsto*; y ii) la empresa abonará a la FRS dicha diferencia cuando dicho beneficio *obtenido* sea superior en un 25% al *previsto*.

### **D) Régimen previsto en el Acta de 19-09-2013 para el periodo transitorio de 19-09-2013 a 30-04-2018.**

En la modificación contractual de **19-09-2013** (fols. 51-55), las partes pactaron, sólo para durante el periodo transitorio antes expresado (es decir, *desde 19-09-2013 hasta 30-04-2018*), que la FRS se obligaba a abonar, a ACSL, en concepto de AREC (es decir, como **pago a cuenta** de las *compensaciones para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato*), una **cuantía anual máxima** (pagadera antes del *01-04-2014*), que resultaría de las siguientes operaciones:

1/ **Incluir** el importe de la dotación de la *amortización contable anual del inmovilizado* de ACSL (que, en 2012, fue de *216.622,71 euros*); y

2/ **Añadir** el importe de la dotación de los *costes financieros anuales* de la explotación (calculados en el *5% de 8.150.000 euros*, que es la cantidad resultante de sumar el canon pagado a la FRS y el coste de la inversión inicia efectuada por ACSL);

3/ **Detraer** el importe (20.000 euros) del *canon anual* que ACSL debe pagar a la FRS por servicios y suministros generales;

4/ **Deducir** también el importe del resultado de la explotación anual auditada (antes del 31-01-2014), cuando sea positivo (*superavit*);

5/ **Añadir** el importe del citado resultado de la explotación anual auditado, cuando sea negativo (*déficit*), pero con un límite máximo de 75.000 euros;

6/ **Efectuar**, antes de 15-11-2023 y como *pago a cuenta* (AREC) del año 2013, un abono, a ACSL, de 350.000 euros (pcs.1-C y 1-D, fols. 52 y 53).

7/ **Suspender**, durante el periodo transitorio expresado, los efectos, de cuantas cls. del contrato de 07-07-2010 y del Acta de 28-05-2010 aneja al mismo, sean contrarias a lo pactado en esta modificación contractual de 19-09-2013 (pc. 7, fol. 55).

8/ **Dejar sin efecto** este acuerdo de modificación contractual de 19-09-2013 **en caso de incumplimiento sustancial**, por cualquiera de las partes, de las obligaciones asumidas, debiendo tener tal consideración de *sustancial* el impago de las cantidades (AREC) previstas en los pcs. 1 y 4, **en cuyo caso, se aplicará el contrato inicial y su Anexo** (pc. 6, fol. 55).

#### **E) Régimen previsto en diversas Actas.**

En las Actas de 27-01-2012 (primera reunión para cifrar las compensaciones por reequilibrio contractual), 13-03-2013 (cuarta reunión al mismo efecto) y de 19-09-2013 (que instrumenta la primera modificación contractual), se confiere expresamente, a las *compensaciones económicas* que la FRS debe pagar a ACSL para reequilibrar económicamente el contrato (AREC), el carácter de *pagos a cuenta* de los acuerdos finales a los que, al respecto, se llegase en su momento.

#### **8. La obligación de FRS de cobrar precio por usar otros aparcamientos en el HSP.**

**A)** En la modificación de **19-09-2013** (que estableció el precitado *régimen transitorio*, fols. 51-55), la FRS asumió la obligación contractual de incentivar el uso del Aparcamiento del CIBIR: i) reordenando todos los demás espacios afectos al servicio del HSP (para evitar aparcamientos indebidos); ii) recurriendo a la grúa municipal (para retirar vehículos mal aparcados); y iii) “*cerrando*”, esto es, imponiendo, *antes de septiembre de 2015*, un precio público por aparcar en otros espacios de aparcamiento del HSP que hasta

ahora eran de aparcamiento libre y gratuito (se refiere al apartamiento de la zona Oeste o de Servicios del HSP), los cuales pasarán así a ser *cerrados* y de pago (pc.1-B), fol. 52).

**B)** El Acta de **26-01-2016**, (fols. 629-631) pospuso de común acuerdo dicho cierre hasta el *01-03-2016*, es decir, lo prorrogó por 5 meses más.

**C)** El Acta de **08-06-2016**, (fols. 56-57) pospuso nuevamente dicho cierre de común acuerdo hasta el *01-07-2016*, es decir, lo prorrogó por *3 meses más*.

**D)** El **01-02-2017** (cfr. fol. 676), entró en vigor el Decreto 49/2016, por el que se estableció un *precio público* para el aparcamiento de la zona Oeste del HSP (BOR de 16-12-2016).

## **9. Previsiones de futuro.**

Lógicamente, el PCA y el contrato prevén las causas de extinción del mismo, pero ahora importa destacar las previsiones especiales pactadas en la modificación de **19-09-2013** (que estableció el precitado *régimen transitorio*, fols. 51-55), pues, en la misma, las partes convinieron (pc.1-E, fol. 53) que, concluido dicho *periodo transitorio* (que, como sabemos expiró el *30-04-2018*), iniciarían un *periodo de negociación*, **durante un máximo de 3 meses**, en el que analizarían las cuentas anuales auditadas del mismo, y valorarían el resultado de la explotación y la evolución del equilibrio económico del contrato, para determinar la “viabilidad de *la concesión*”, pudiendo adoptar entonces alguna de las siguientes decisiones:

**A)** La **continuidad** del contrato, en cuyo caso convienen:

1/ Que cuantificarán un nuevo porcentaje para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato (pc. 2, fol. 53), incluso con un ámbito superior a 1 año (pc. 3, fol. 53);

2/ Que estudiarán la posibilidad de ampliar en 4 años el plazo de duración del contrato *ex cl.* 24 PCA (pc. 2, fol. 53);

3/ Que ACSL (a partir de *01-01-2017*) devolverá, a FRS, las cantidades abonadas (por FRS a ACSL) durante el *periodo transitorio* antes expuestas, en unos porcentajes del 5, 10, 15, 20 o 30% de los ingresos de explotación, según éstos, respectivamente, oscilen entre 200, 600, 1.000, 1.400, 1.800 o más de 1.800 miles de euros, por lo que los primeros 200 mil euros están exentos (pc. 1-C, fol. 53).

**B)** La **resolución** del contrato **por mutuo acuerdo**, ajustada a los siguientes criterios de negociación:

1/ Devolución, por ACSL a la FRS, del aparcamiento en perfectas condiciones de explotación (pc.4.1, fol. 54), asumiendo la FRS la obligación de gestionarlo directamente durante al menos 10 años o, caso contrario, es decir, si se procede a la “*adjudicación de una nueva concesión*” (pc. 4.4, fol. 54), a pagar, a ACSL, 400.000 euros, en concepto de *compensación por costes de oportunidad y gestión* (este concepto, como veremos enseguida, se fija, en los demás casos, en 300.000 mil euros).

2/ Devolución, por la FRS a ACSL, de la *garantía definitiva* (pc. 4.1, fol. 54).

3/ Abono, por FRS a ACSL y antes de 30-04-2017 (pc. 4.3, fol. 54), de una cantidad, en concepto de *compensación*, que resulta de las siguientes operaciones: i) **incluir** el *valor de la inversión total* efectuada (8.000.000 euros); ii) **añadir** el *valor de las inversiones iniciales* efectuadas y, en su caso, las de *reposición*; iii) **añadir** los *costes financieros* de la explotación (calculados en el 5%, por cada año transcurrido, de los 8.150.000 euros, que es la cantidad resultante de sumar el canon pagado a la FRS y el coste de la inversión inicial efectuada por ACSL); iv) **añadir** 300.000 euros anuales, en concepto de *compensación por costes de oportunidad y gestión* durante la vigencia del contrato (cantidad que puede ascender a 400.000 euros si la FRS adjudica de nuevo la concesión antes de 10 años); v) **deducir** 1.500.000 euros, en concepto de *anticipos a cuenta* (AREC) abonados por la FRS a ACSL *antes* del periodo transitorio; vi) **deducir** los *anticipos a cuenta* (AREC) efectivamente abonados por la FRS a ACSL *durante* el periodo transitorio (*ex* los precitados pcs. 1-C y 1-D); vii) **deducir** los *beneficios* de ACSL *netos* (es decir, después de impuestos y de descontar los reintegros derivados del precitado pc.1-D).

C) La **resolución** del contrato **sin mutuo acuerdo**, como es el caso de la resolución **por rescate** u otra **causa no imputable** a ACSL, en cuyos casos, las partes acuerdan (pc. 5, fol. 54):

1/ Que “*la cantidad resultante de la aplicación de los criterios fijados en el punto 4 tendrá carácter de mínimo*”;

2/ Que dicha cantidad deberá hacerse efectiva, por FRS, a ACSL, a la resolución del contrato; y

3/ Que este pc.5 “*continuará vigente*” después del periodo transitorio pactado (pc.7.2, fol. 55).

D) El **regreso al contrato originario**, que se produce automáticamente en el caso del pc. 6, fol. 55, en el que las partes pactaron que **el acuerdo de modificación contractual de 19-09-2013 quedará sin efecto en caso de incumplimiento sustancial**,

por cualquiera de las partes, de las obligaciones asumidas, debiendo tener tal consideración de *sustancial* el impago de las cantidades previstas en los pcs. 1 y 4, **en cuyo caso se aplicará el contrato inicial y su Anexo.**

#### **10. En especial, la extinción por rescate.**

La extinción del contrato por causa de rescate está prevista en diversos documentos contractuales:

A) En la **cl. 45 CDTA** (que forma parte del PCA, fols. 252-269) se establece, entre las “*causas específicas de resolución*” del contrato, “*el rescate de la explotación de la obra por la FRS, en los términos establecidos en la Cl. 22.2 del presente PCA*”.

B) La referida **cl. 22.2 PCA**, admite la extinción del contrato por **rescate**, estableciendo que: “*la FRS podrá, una vez acordado el rescate del contrato, gestionarlo directamente o celebrar uno nuevo, abonando al contratista el valor patrimonial de la inversión y el beneficio dejado de percibir*”.

C) En el **pc. 5** (fol. 54) de la modificación de **19-09-2013** (en la que se estableció el reiterado *régimen transitorio*, fols. 51-55), se convino (tal y como acabamos de exponer en el precedente apartado 9-C), sólo durante el régimen transitorio y para el caso de resolución del contrato sin mutuo acuerdo, como sucede por rescate u otra causa no imputable a ACSL:

1/ Que “*la cantidad resultante de la aplicación de los criterios fijados en el punto 4 tendrá carácter de mínimo*”

2/ Que dicha cantidad deberá hacerse efectiva, por la FRS a ACSL, al tiempo de la resolución del contrato; y

3/ Que este pc.5 “*continuará vigente*” después del periodo transitorio pactado (pc.7.2, fol. 55).

4/ Que **este acuerdo de modificación contractual de 19-09-2013 quedará sin efecto en caso de incumplimiento sustancial**, por cualquiera de las partes, de las obligaciones asumidas, debiendo tener tal consideración de *sustancial* el impago de las cantidades previstas en los pcs. 1 y 4, **en cuyo caso se aplicará el contrato inicial y su Anexo** (pc. 6, fol. 55).

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado electrónicamente el 7 de mayo de 2019, registrado de entrada en este Consejo el siguiente día 8, la Excm. Sra. Consejera de Salud, remite al Consejo Consultivo de La Rioja, concretamente a su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 8 de mayo de 2019, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Apreciada la necesidad de completar el expediente con diversos documentos, especialmente referidos a las fases de contratación previas al inicio propiamente dicho del procedimiento de rescate, así como a las actuaciones posteriores, relativas a este expediente, efectuadas por la OCP, la IGCAR, la CI, el TCu, la FECCO y la FSR, la Consejería consultante, mediante un escrito de su SGT remitido electrónicamente el 2 de julio de 2019, remitió la documentación oportuna, facultando al Consejo Consultivo para su incorporación y numeración en el referido expediente, como se ha expuesto en el AHA 2 de este dictamen.

### **Cuarto**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia fue incluida en el orden del día, debatida y quedó sobre la mesa, en las sesiones del Consejo Consultivo núms. 10 a 15, celebradas, respectivamente los días 23-05-2019; 5-06-2019; 19-06-2019; 28-06-2019, 05-07-2019, 19-07-2019 y 16-09-19; y, de nuevo, quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha indicada en el precitado encabezamiento de este dictamen.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero

#### Preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo

1. En los casos de resolución de contratos administrativos en los que, como sucede en el que nos ocupa, el contratista ha mostrado su oposición, es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma (en La Rioja, el Consejo Consultivo de La Rioja), según establecen los arts. 195.3-a LCSP'07 (actual art. 191.3-a LCSP'17), y 109.1 RCAP'01.

También el art. 11.i) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, reguladora de este Consejo Consultivo, establece la necesidad de nuestro dictamen, en los casos de “*nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista*”, y, en iguales términos, se expresa el art. 12.i), de nuestro Reglamento orgánico y funcional, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero.

Por lo tanto y como quiera que la concesionaria se ha opuesto a los términos en que la Administración actuante propone la resolución, nuestro dictamen resulta, en este caso, preceptivo.

### Segundo

#### Esquema general del dictamen

Habida cuenta de la complejidad y variedad de asuntos que se plantean en la copiosa documentación que integra el expediente, la relación que tales asuntos tienen entre sí y la trascendencia que todo ello tiene en orden a resolver el procedimiento sobre el que se nos consulta, organizaremos este dictamen en los siguientes apartados:

-En el FJ.3, analizaremos los aspectos *subjetivos* del expediente, esto es, la naturaleza jurídica de las partes contratantes, en especial de la FRS.

-En el FJ.4, analizaremos los aspectos *objetivos* del expediente, esto es, la calificación jurídica del Aparcamiento como bien inmueble y las titularidades jurídico-reales que recaen sobre el mismo.

-En el FJ.5, analizaremos los aspectos *formales* del expediente, en especial, los relativos al contrato que nos ocupa, comenzando por determinar su naturaleza y régimen jurídico.

-En el FJ.6, analizaremos los problemas relativos a la fase de *constitución* del contrato (licitación, adjudicación, formalización).

-En el FJ.7, analizaremos los problemas relativos a la fase de *ejecución*, atendiendo especialmente al funcionamiento, cumplimiento y contenido del contrato.

-En el FJ.8, analizaremos los problemas planteados respecto a la fase de *extinción* del contrato, en especial mediante rescate.

-En el FJ 9, analizaremos, en especial, los problemas referentes al cálculo de la indemnización por rescate.

### Tercero

#### **Sobre los aspectos *subjetivos* del expediente, esto es, la naturaleza jurídica de las partes contractuales, en especial, de la FRS.**

1. Corresponde analizar en este FJ la naturaleza jurídica de las partes contractuales, si bien, siendo claro el carácter de Sociedad mercantil de la **empresa ACSL** (al que nos hemos referido en el AHA 4.5.-C), nos limitaremos brevemente a recordar la **naturaleza jurídica de la FRS** (que también hemos adelantado en el AHA 2.2) y que resulta de las siguientes características:

2. A *efectos de tipificación como persona jurídica*, la FRS fue constituida notarialmente por el Gobierno de la CAR el 03-12-2001, ante el inminente traspaso a la CAR de las funciones y servicios del Estado en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, mediante la EP (cit. en el AHA 2.2) que incluyó sus **Estatutos** (EFRS), ajustados a la entonces vigente Ley 30/1994, de Fundaciones, y que han sido modificados por las EP (también cits. en el AHA 2.2), de suerte que actualmente está sujeta a las Leyes 49/2002, 50/2002, 3/2003 y 1/2007 (fols. 195-220). La FRS está inscrita, desde 11-12-2001, en el Registro de Fundaciones benéfico-asistenciales de la CAR (cfr. fols. 639 y 654).

De los EFRS y de las Leyes citadas, resulta que la FRS es una **Fundación pública** sin ánimo de lucro (art. 1 EFRS), con personalidad jurídica propia (art. 2 EFRS), sujeta a la precitada legislación, riojana y estatal, sobre Fundaciones (art. 3 EFRS), está bajo el Protectorado del Gobierno de la CAR (cfr. fol. 100), el cual controla también al *Patronato* que la dirige (arts. 9 y 10 EFRS) y que está presidido por la persona titular de la Consejería competente en materia de salud (art. 10-a EFRS), quien cuenta con facultades para representar a la FRS (art. 18-a EFRS) y actuar como órgano de contratación de la misma (art. 18-h EFRS).

Con duración indefinida (art.7 EFRS), la FRS tiene por **objeto** la investigación, desarrollo e innovación en el ámbito sanitario (art. 6 EFRS), para lo que cuenta con un régimen económico y patrimonial propio (arts. 23-28 EFRS) y su propio personal laboral (art. 28 EFRS), así como plena capacidad de obrar (art. 2 EFRS), que conlleva la de efectuar todo tipo de contratos (art. 25-c EFRS).

El Patronato de la FRS puede nombrar, a uno de sus miembros, como Director Gerente y Secretario (art. 10-c EFRS), el cual tiene facultades ejecutivas y de gestión (arts. 21 y 22 EFRS), entre las que se encuentran las que el Patronato pueda delegarle (art. 22-f EFRS), como sucedió en el presente caso, cuando, por Acuerdo de 24-06-2008 (cfr. fols. 252 y 558), se le delegó para actuar como órgano de contratación, concepto en el que actuó en el contrato objeto de este dictamen.

**3. A efectos institucionales**, como fundación pública de que es, la FRS pertenece al *Sector público de la CAR* (cfr. arts. 53.1, de la Ley 3/2003)

**4. A efectos funcionales**, la FRS está *vinculada al Sistema público de salud* de la CAR mediante el CMC (cit. en fol. 654) que especifica los proyectos concretos en los que participa la FRS y la contraprestación que la misma recibe por ellos.

**5. A efectos organizativos**, la FRS está organizada en *Áreas flexibles* que se adaptan a la política funcional de la FRS. Está prevista la integración de la FRS en el SERIS y, así, las *Áreas asistenciales* de la FRS (que figuran en su página *web*) fueron ya integradas en el SERIS por la DA 3ª de la Ley 7/2011; por lo que (actualmente y a la espera de su futura integración en el SERIS), la FRS sólo conserva las Áreas destinadas a la formación, información, informática, investigación, innovación y gestión. Sobre todo ello, cfr. fol. 659)

**6. A efectos tributarios**, su régimen fiscal es el establecido por la Ley 49/2002.

**7. A efectos laborales**, su personal se rige por el Convenio colectivo de 13-02-2009 (cit. en fol. 669).

**8. A efectos contractuales**, aunque no tiene la consideración de *Administración pública* (arts: 3.3-a, LCSP'07; y 3.3-a, LCSP'17), está también integrada en el *Sector público* (arts: 3.3.1-f, LCSP'07; y 3.1-e, LCSP'17), donde tiene la condición de *poder adjudicador* (arts: 3.3-b, LCSP'07; y 3.3-b, LCSP'17), por lo que ha de adjudicar los contratos con arreglo al procedimiento previsto en la misma (arts: 18 a 21 y, en especial 20.2, LCSP'07; y 24 a 27 y, en especial, 26-3, LCSP'17), a cuyo efecto cuenta con un *Procedimiento interno de compras y contratación* adaptado a la LCSP'17, aprobado por Res. del Director Gerente de 09-03-2018 (cit. en fol. 668). Como acabamos de expresar en el precedente apartado A), el *órgano de contratación* ordinario de la FRS es su *Patronato*

(aunque, en el contrato que nos ocupa, delegó dicha condición en el Director Gerente de la FRS). Pero hay que tener en cuenta que los contratos relativos a bienes demaniales, como el que es objeto de este dictamen, quedan excluidos de la legislación de contratos del sector público (arts: 4.1-o, LCSP'07; art. 9, LCSP'17), aunque ésta les es aplicable caso de remisión expresa (cfr. art. 4-1-o LCSP'07) o, en todo caso, supletoriamente (arts: 6.1, LPR'05; y 4 y 9 LCSP'17), pues se rigen por la legislación demanial administrativa que les es propia, aspecto este que luego trataremos con detenimiento.

**9. A efectos patrimoniales**, la FRS cuenta con un régimen económico y patrimonial propio (arts. 23-28 EFRS), en coherencia con las disposiciones legales que establecen que los bienes y derechos de las Fundaciones públicas no quedan sujetos a la legislación patrimonial (cfr. arts. 6.3 LPR'05); aunque, como luego explicaremos con detalle, el concreto bien que nos ocupa en este dictamen, esto es, el Aparcamiento del CIBIR, al tener carácter demanial y, por tanto, inalienable, no forma parte del patrimonio de la FRS y, por tanto, se rige por la legislación demanial correspondiente (en especial, la LPAP'03 y LPR'05) y, supletoriamente, como acabamos de indicar, por la legislación sobre contratos del Sector público (cfr. arts: 6.1, LPR'05; 4-1-o, LCSP'07; y 4, LCSP'17), sin perjuicio de aplicar lo pactado por las partes en cuanto no contradiga dicha legislación demanial.

**10. A efectos contables**, la FRS no está sujeta al PGC Pública, aprobado por Orden EHA/1037/2010, de 13 de abril, puesto que éste último (según el art. 1 de la cit. Orden) sólo es aplicable para todas las *Administraciones públicas* (concepto que no reúne la FRS) y para todas las entidades integrantes del *Sector público* administrativo *estatal* (concepto que tampoco reúne la FRS, ya que está integrada en el *Sector público*, pero no en el estatal sino en el *de la CAR*). Por el contrario, la FRS, *ex art. 25.3* de la Ley 1/2007, está sujeta al PCESFL (esto es, al PGC, aprobado por RD 1514/2007, de 16 de noviembre, pero con las adaptaciones dispuestas por el RD 1492/2011, de 24 de octubre, para las entidades sin fines lucrativos, que se han plasmado en el *Plan de Contabilidad de las Entidades sin fines lucrativos*, aprobado por Res. de 26-03-2013 del ICAC).

#### Cuarto

### **Sobre los aspectos *objetivos* del expediente, esto es, la calificación jurídica del Aparcamiento como bien inmueble y las titularidades jurídico-reales que recaen sobre el mismo.**

#### **1. Los bienes demaniales.**

A) Comencemos señalando, aunque resulte sorprendente, que, en los casi 1.000 fols. que integran el expediente que nos ocupa, no se ha reparado en un aspecto que

consideramos crucial, cual es la *naturaleza jurídica que tiene el Aparcamiento* que nos ocupa desde la perspectiva de su calificación como bien inmueble.

**B)** Recordemos que el art. 338 Cc califica los bienes, “*según las personas a que pertenecen*”, en bienes *de dominio público* o bienes *de propiedad privada*; para aclarar seguidamente, en el art. 339 Cc, que “*son bienes de dominio público*”, es decir, integrantes del denominado *demanio*, no sólo “*los destinados al uso público*” (a los que se refiere su párrafo 1º, “*como los caminos, canales, ríos, torrentes, puentes y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos*”), sino también “*los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional*” (a los que se refiere su párrafo 2º, “*como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio y las minas mientras no se otorgue su concesión*”).

**C)** En suma, para nuestro Código Civil, los bienes de dominio público (demaniales), pueden ser de *dominio y uso público* (demanio de uso público) o de *dominio y servicio público* (demanio de servicio público), si bien debemos efectuar las siguientes matizaciones:

1/ Que el art. 132 CE, por un lado, en su apartado 1, remite a la ley la regulación del régimen jurídico de los bienes demaniales, “*inspirándose en los principios de **inalienabilidad**, **imprescriptibilidad** e **inembargabilidad**, así como su **desafectación***”; y, por otro, admite que los bienes demaniales pueden ser *estatales* o de otras entidades públicas, ya que adscribe ciertas categorías (como las playas o el mar territorial) al *dominio público estatal*.

2/ Que la alusión que el art. 339.2 Cc hace a que las minas son bienes de dominio público “*mientras no se otorgue su concesión*”, ha quedado desplazada por la legislación minera que, como es sabido, declara que todas las minas son de dominio público estatal (cfr. art. 2 LMi) y, precisamente por eso, pueden ser objeto de concesiones demaniales; lo que significa, en suma, que las minas son demaniales “*aunque se otorgue su concesión*”. Decimos esto para evitar que esta expresión codicial pueda ser interpretada en el sentido de que la concesión administrativa de explotación de un bien demanial elimina la demanialidad del bien concedido, cuando, precisamente, la ratifica y confirma.

3/ Que esas leyes a las que el art. 132.1 CE remite la regulación del demanio son, actualmente, la LPAP’03 (Ley estatal 32/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas) y, en la CAR, la LPR’05 (Ley autonómica 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la CAR); si bien, la legislación básica en materia de contratos del Sector público, que no es directamente aplicable a las concesiones demaniales (porque los arts: 4.1-o LCSP’07; y art. 9, LCSP’17 excluyen de la

legislación sobre contratos del Sector público a los contratos sobre bienes patrimoniales y demaniales), sin embargo es aplicable a los mismos en caso de remisión expresa (cfr. art. 4.1-o LCSP'07) y, en todo caso, supletoriamente (porque así lo establecen los arts: 6.1, LPR'05; y 4 y 9 LCSP'17).

4/ Que, por lo que se refiere a la LPAP'03, son de destacar los siguientes preceptos (todos ellos con el carácter de legislación básica, según la DF 2ª LPAP'03): i) el art. 5.1 LPAP'03, que considera bienes demaniales los que, “*siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público*” (en igual sentido, el art. 4.1. LPR'05); ii) el art. 5.3 LPAP'03, que considera, en todo caso, como demaniales a los “*inmuebles de titularidad de la AGE o de los organismos públicos vinculados a ella o dependientes de la misma en que se alojen servicios, oficinas o dependencias de sus órganos*” (en igual sentido, por respecto a los inmuebles de la CAR, el art. 4.2. LPR'05) ; iii) el art. 89.2 LPAP'03, que permite la ocupación por terceros de espacios en los edificios o inmuebles demaniales de servicio público mediante “*concesión, si dicha ocupación se produce mediante instalaciones fijas*”; y iv) el art. 93 LPAP'03 (que también tiene carácter básico, según la DF 2ª LPAP'03), determina el régimen jurídico del otorgamiento, formalización, duración y demás condiciones de los contratos de *concesión demanial*, así como las causas de extinción de los mismos, entre las que se encuentra el *rescate* (cfr. art. 100-d, LPAP'03, que también tiene carácter básico ex DF 2ª LPAP'03).

5/ Que, por lo que se refiere a la LPR'05, son de destacar, además de los arts. precitados, los siguientes: i) el art. 71.2-c LPR'51, que establece que la afectación de un inmueble al servicio público (determinante su demanialidad servicial), se produce tácitamente por virtud de la *transferencia* o cesión administrativa del bien de que se trate; ii) el art. 69.3 LPR'05, que dispone que tal afectación, esto es, la naturaleza demanial del bien correspondiente, se hará constar en el *Inventario* de bienes y derechos de la CAR; iii) los arts. 78-d y 81.2 LPR'05, que permiten el *uso privativo singular* de bienes demaniales mediante *concesión* administrativa *demanial* de los mismos; y iv) los arts. 82 a 97 LPR'05, que regulan el régimen jurídico de las *concesiones demaniales*, incluida su extinción por *rescate* (cfr. art. 87.1-f LPR'05).

## 2. El aparcamiento del CIBIR es un bien demanial.

A) Aplicando todo lo anterior al expediente que nos ocupa, ha quedado probado (cfr. AHA 2.1, fol. 352) que la titularidad de todo el terreno que ocupa dicho aparcamiento pertenece a la TGSS, siendo dicha titularidad de carácter demanial desde el año 1955 en que fue adquirido, ya que su destino era el servicio público sanitario, pues no en vano quedó afecto al aledaño Hospital *San Pedro*, que entonces estaba destinado al tratamiento de la tuberculosis y otras afecciones torácicas.

**B)** En 2001, dicho terreno (AHA 2.3) fue, junto a otros, transferido, por la TGSS, a la CAR (en el Anexo, letra F, núms. 6 a 11, del RD 1473/2001), con ocasión del traspaso de bienes y servicios estatales a las CCAA de régimen común (en este caso, a la CAR), en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social; si bien este traspaso revistió las siguientes características: i) la TGSS se reservó la titularidad (demanial) *del suelo y del vuelo* (cfr. letra F.6 cit.) y el *derecho de reversión* (cfr. letra F.8 cit.), si el citado inmueble dejara de estar afecto al servicio público sanitario; ii) la TGSS sólo transfirió a la CAR el “*uso*” de este inmueble traspasado; iii) dicho “uso” traspasado a la CAR permite, no obstante, a la referida CAR, efectuar, a su costa, *obras nuevas* (tanto de edificación en los espacios no edificados, como de reforma y mantenimiento en los edificados); iv) todas esas *obras nuevas* pasarán, en tal caso y al 100%, a ser de titularidad de la CAR, aunque sin perjuicio de la expresada propiedad subyacente de la TGSS sobre el suelo y el vuelo de la finca (letra F.11).

**C)** Al amparo de tal situación determinada por el traspaso y tras el Convenio urbanístico (referido en el AHA 2.4 y celebrado de 03-07-2005 entre la TGSS, la CAR y el Ayuntamiento de Logroño, para la reordenación urbanística de todo el espacio afectado por el HSP y la fijación de los terrenos que debían cederse para viales), la CAR efectuó, declaro, registró e inventarió, a su nombre y en el 100% (cfr. AHA 2.5), una *obra nueva*, en el precitado terreno transferido, consistente en la construcción de unos bienes demaniales de servicio público consistentes en el edificio del CIBIR y el aparcamiento del CIBIR, anejo al edificio anterior, teniendo éste último plazas de aparcamiento sitas en una zona de superficie al aire libre y otras sitas en una zona subterránea, ubicada, en parte, bajo la anterior y, en parte, bajo el precitado edificio del CIBIR (cfr. AHA 2.4 y 2.5).

**D)** Como consecuencia de todo lo anterior y tal y como hemos detallado en los AHA 2.1; 2.3. y 2.4 de este dictamen, el terreno en el que se ubica **el Aparcamiento CIBIR** es un bien inmueble, adscrito a un uso dotacional público de carácter sanitario, integrado en el complejo hospitalario denominado HSP, según recoge su inscripción registral (fols. 351-355) y está inventariado (fol. 194) “**con la calificación jurídica de bien demanial (bien de dominio público) por estar afecto al servicio público de salud**”, calificación que afecta tanto el *Edificio del CIBIR* (inventariado con el núm. 2688), como el *Aparcamiento CIBIR* (inventariado con el núm. 2654), y, por tanto, afecta igualmente a la parte superficial de dicho aparcamiento como a su parte subterránea, incluida la que subyace al expresado edificio CIBIR como la que subyace a la parte superficial indicaba. En suma, **todo el Aparcamiento CIBIR** que nos ocupa **es un bien de dominio público** por estar adscrito al **servicio público sanitario**, ya que presta la función de facilitar aparcamiento al personal y a los usuarios del servicio público sanitario que se presta en el CIBIR y en el complejo hospitalario HSP en el que el CIBIR se ubica e integra, pues todo ello pertenece al Sistema público de salud de la CAR.

### 3. Las facultades jurídicas constituidas sobre dicho bien demanial.

De lo expresado, resulta que, tanto el RD 1473/2001, como diversos documentos, contractuales o no, del expediente reservan, a las entidades intervinientes en el aparcamiento del CIBIR, distintas facultades jurídicas en el mismo, tales como las relativas al suelo, vuelo, reversión, uso, edificación, explotación o rescate, a cuya necesaria fijación y aclaración dedicamos el epígrafe siguiente.

A) Comencemos recordando que la **doctrina tradicional sobre el derecho de propiedad privada** distingue, en el mismo, un haz de facultades que lo caracterizan, cifrado en la expresión latina *uti, frui, habere, possidere*, que suele traducirse en las de utilizar el bien (*ius utendi*), percibir los frutos que pueda producir (*ius fruendi*), disponer del mismo mediante actos de enajenación o gravamen (*ius disponendi*), efectuar mejoras en el mismo (*ius meliorandi*), administrarlo (*ius gerendi*) y ostentar la posesión del bien de que se trate a título de dueño del mismo (*ius possidendi*); aunque, en rigor, existen otras muchas, como, entre otras, las de cerrarlo (*ius vallandi*), ocupar su vuelo inmediato plantando (*ius plantandi*) o arrancando lo plantado (*ius avellendi*), edificando según lo permita el planeamiento urbanístico aplicable (*ius aedificandi*), sobre-elevando lo construido según lo permita el planeamiento urbanístico aplicable (*ius altius tollendi*), profundizando en el subsuelo (*ius excavandi*), derribando lo edificado (*ius demolendi*), excluyendo a terceros (*ius prohibendi*) o confiriéndoles derechos reales sobre el bien de que se trate (*iura in re aliena*).

B) La **aplicación** de este haz de facultades (e incluso de la misma nomenclatura jurídico-privada) **a los bienes demaniales** es sólo traslaticia o analógica, ya que los mismos, al ser *inalienables*, no toleran actos de disposición; y, al estar destinados a fines de interés público, ven fijados y limitados por la ley que define dicho interés público los actos de administración y disfrute de que son susceptibles. Es más, incluso la misma titularidad de tales bienes es asignada por la ley a la correspondiente entidad pública, no tanto a título de dominio cuanto de competencia administrativa para la conservación, gestión y defensa del bien correspondiente. Por iguales razones, los derechos de los particulares constituidos sobre los bienes demaniales no consolidan verdaderos derechos reales a su favor, sino sólo posiciones administrativas legalmente reguladas a título de precario, autorización o concesión administrativa demanial, por más que, para formalizarlas, asegurarlas o permitir su limitado tráfico jurídico, puedan emplearse técnicas similares a las jurídico-privadas, como la contratación o la registración, pero siempre limitadas y condicionadas por la normativa jurídico-pública que regula este tipo de bienes, cuya naturaleza jurídico-pública nunca puede quedar desvirtuada por el empleo de dicha técnica.

C) Es a la luz de estas consideraciones como analizaremos, en los epígrafes que siguen, las facultades que, en diversos documentos del expediente, se atribuyen o

reconocen, sobre el aparcamiento del CIBIR, a las distintas entidades públicas y privadas intervinientes.

#### **4. Las facultades de la TGSS.**

A) Las facultades de la TGSS sobre el aparcamiento del CIBIR son denominadas, en el RD 1473/2001 y otros documentos del expediente, como derechos al *suelo*, al *vuelo* y a la *reversión*.

Como se trata de un bien demanial, tales derechos no son *facultades dominicales* en el sentido jurídico-civil, sino *potestades demaniales* que habilitan a la TGSS con las competencias administrativas precisas para conservar la titularidad demanial del terreno, con las facultades necesarias para edificar y plantar sobre él o para excavar y construir en el subsuelo, así como para mantener la finalidad de interés público, en este caso sanitario, que justifica la demanialidad del inmueble.

B) Pero repárese en que: i) al haber traspasado a la CAR el “uso” del terreno, dichas facultades de la TGSS se constituyen en una especie de *nuda propiedad* demanial; y ii) al haber aclarado que dicho “uso” comprende la facultad de edificar sobre o bajo el mismo y, además, adquiriendo la CAR al 100% la titularidad de la obra nueva que realice, los referidos derechos de la TGSS quedan (en tal caso, es decir, si la CAR realiza dicha obra nueva), modificados, puesto que, en las zonas y volúmenes ocupados por la eventual obra nueva que realice la CAR, surge una especie de “comunidad horizontal *pro diviso*” (con cierta semejanza con la comunidad superficiaria, tanto la civil del art. 16.2 RH, como de la urbanística de los 53 y 54 LS’15, pero sin plazo; o con la comunidad enfitéutica del art. 1605 Cc, pero sin canon), en la que la CAR es titular del 100% de la obra nueva que construya y la TGSS conserva la titularidad del suelo y vuelo no ocupado por dicha obra nueva, así como el derecho de reversión, si la misma deja de estar afecta al servicio público sanitario.

Téngase en cuenta también que, al tener el bien una naturaleza jurídico-pública, la razón que justifica esta peculiar situación demanial no es tanto el carácter de *numerus apertus* que la tipificación de los derechos reales tiene en nuestro Derecho privado (cfr. art. 7 RH que admite a inscripción registral “*cualesquiera otros relativos a derechos de la misma naturaleza, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales*”); ni tampoco una especie de *dominio eminente* que el Estado (en este caso, a través de la TGSS) conservase, sobre el demanio transferido (al modo de la regalía residual que luce en el llamamiento intestado de los fallecidos sin sucesores o en la recuperación de bienes mostrencos); cuanto el principio deóntico general de que *quien podía lo más* (en este

caso, no haber transferido el inmueble a la CAR), también *podía lo menos* (en este caso, transferirlo con las condiciones y reservas expresadas).

C) En todo caso, esos derechos subyacentes de la TGSS son los que justificaron la presencia de la misma en el Convenio urbanístico para la ordenación de la zona celebrado el 03-07-2005 y al que hemos aludido en el AHA 2.4.

## 5. Las facultades de la CAR.

A) Las facultades de la CAR sobre los terrenos transferidos por la TGSS en el RD 1473/2001, entre los que se encuentran los destinados al Aparcamiento del CIBIR que ahora nos ocupa, se ciñen, pues, al transferido derecho de “uso” de tales terrenos que, como acabamos de señalar, comprende también el derecho de la CAR de edificar sobre o bajo su suelo haciéndose con el 100% de la titularidad de la obra nueva así construida, que es precisamente lo que la CAR hizo al construir el Aparcamiento que nos ocupa, tal y como se ha detallado en el AHA 2.5.

Ello significa, por de pronto, que este derecho de “uso” transferido a la CAR no es esa especie de usufructo limitado por su objeto al que, con la denominación de *derecho de uso*, aluden, junto al *derecho de habitación*, los arts 523 a 529 Cc; sino una potestad demanial de Derecho público (conferida y configurada libremente por la TGSS al transferir el inmueble a la CAR en el RD 1473/2001), por la que dicho “uso”, no sólo comprende la facultad de utilizar el bien (*ius utendi*) y percibir limitadamente los frutos (*ius fruendi*) que el mismo pueda producir (cfr. art. 524 Cc), sino también las facultades de gestionarlo (*ius gerendi*), plantarlo (*ius plantandi*) y construirlo (*ius aedificandi*), haciéndose la CAR, además, titular al 100% de la obra nueva que realice (*ius novi operae*).

B) Cotejando esta situación de la CAR con la precitada de la TGSS, resulta una relación jurídica que, si bien tiene similitudes con algunos derechos reales típicos del Derecho privado de cosas, como el *usufructo* (aunque aquí sin plazo y con la facultad de apropiarse de las mejoras), la *enfiteusis* (pero aquí sin canon) o la *superficie* (pero aquí sin plazo), más bien parece, como hemos adelantado, una especial comunidad horizontal *pro diviso* (pero de Derecho público, al recaer sobre un bien demanial) y que reviste las características que antes hemos expuesto.

C) En todo caso, la facultad demanial de “uso” que estamos analizando, una vez que se ha materializado en la construcción de la *obra nueva* en que consiste en edificio del CIBIR y el aparcamiento del CIBIR que nos ocupa y que dicha *obra nueva* ha sido declarada, inscrita registralmente e inventariada como demanial (cfr. AHA 2.5), es claro que habilita a la CAR para utilizarla y gestionarla (siempre dentro de la afectación del bien a su finalidad de interés público de carácter sanitario), en este caso, a través de una

entidad de su Sector público, como es la FRS, a la que, como enseguida expondremos, pensaba adscribir el bien demanial que nos ocupa; lo que explica que la FRS contratara un estudio previo sobre la viabilidad de una explotación económica de posibles plazas de aparcamiento en el ámbito espacial aledaño al edificio del CIBIR (cfr. AHA 2.6).

## 6. Las facultades de la FRS.

A) Las facultades de la FRS sobre el bien que nos ocupa derivan: i) de la *autorización especial de uso* del aparcamiento del CIBIR conferida durante 50 años, por el Gobierno de la CAR, a la FRS, mediante Acuerdo de 03-10-2008, y a la que nos hemos referido en el AHA 2.7; y ii) de la ampliación de dicha autorización conferida, también por el Gobierno de la CAR, mediante Acuerdo de 14-05-2010, y a la que nos hemos referido en el AHA 4.4. Analicemos ambos Acuerdos por separado:

B) El **Acuerdo de 03-10-2008** confirió a la FRS una autorización administrativa plenamente coherente con el carácter demanial de dicho aparcamiento, pues se trata de una *autorización administrativa demanial*, de la que debemos destacar las siguientes características:

1/ Que esta autorización administrativa es *demanial* y no debe ser confundida con las *no demaniales*, pues, mientras en las autorizaciones administrativas *no demaniales*, al versar sobre ámbitos propios de la libertad o la propiedad privada, el autorizado tiene previamente en su patrimonio la facultad autorizada, de suerte que la Administración autorizante se limita a comprobar que su ejercicio no contraría la legalidad vigente; sin embargo, en las autorizaciones administrativas *demaniales*, al versar sobre bienes de dominio público, que son inalienables, el autorizado no tiene previamente en su patrimonio la facultad que se le confiere, sino que ésta le es atribuida por la Administración autorizante conforme a la legalidad vigente, esto es, siempre de forma limitada, en cuanto al tiempo de duración, al contenido de las potestades conferidas, a la finalidad y a las causas de extinción.

2/ Que esta autorización administrativa demanial tiene, por tanto, un cierto carácter *concesional*, ya que es propio de toda concesión, sea o no demanial, que el concesionario adquiera limitadamente facultades que antes no tenía.

3/ Que esta autorización confiere, así, a la FRS unas potestades jurídico-públicas de las que carecía con respecto al bien demanial en que el aparcamiento del CIBIR consiste, cuales son las de utilizarlo (*ius utendi*) y gestionarlo (*ius gerendi*); pero con la advertencia de que las citadas no son facultades inherentes al *dominio*, es decir, propias del Derecho privado de cosas; sino de potestades inherentes al *demanio*, es decir, propias del Derecho público de bienes demaniales, pues la CAR, como entidad *concedente*, no tenía, sobre el aparcamiento del CIBIR, facultades

*dominicales* sino sólo *demaniales* y, por tanto, sólo pudo conferir a la FRS facultades *demaniales*, no *dominicales*, lo que significa, en otras palabras, que (como hemos adelantado en el FJ 3.9), dicho aparcamiento, no se integró en el patrimonio privativo propio de la FRS al que se refieren los arts. 23 a 38 EFRS.

4/ Que esa naturaleza jurídico-pública se manifiesta en importantes limitaciones como son las siguientes: i) se confiere sin perjuicio de los precitados derechos de la TGSS sobre el vuelo y suelo (cfr. fol. 364); ii) es temporal (50 años), pues como ya expresó el art. 55 la vieja Ley de obras públicas de 12-04-1870, no pueden constituirse derechos sobre el demanio sin plazo ni con plazo superior a 99 años; iii) la confiere el Consejo de Gobierno, según le compete respecto al demanio con arreglo al art. 12.1-e LPR'05; iv) se confiere a la FRS, porque su ámbito de actuación, según los EFRS, es el sanitario (cfr. AHA 2.2) y porque se prohíbe que el uso autorizado exceda las funciones y servicios sanitarios transferidos por el RD 1473/2001; y v) se otorga como *uso privativo*, tal y como permite el art. 81 LPR'05 para entidades públicas, y sin transferir a la FRS la *titularidad* del bien (pues lo prohíbe expresamente el art. 22.2 LPR'05).

5/ Que este *uso privativo* que se confiere a la FRS: i) no es el derecho de “uso” que el RD 1473/2001 transfirió a la CAR, pero trae causa del mismo, en el sentido de que, sin él (puesto que *nemo dat quod non habet*, es decir, nadie puede dar lo que no tiene, ni transferir a otro un derecho del que carezca), el Gobierno de la CAR no habría podido conferirlo, a su vez, a la FRS; y ii) tampoco es el *uso privativo* que es propio de las *concesiones* demaniales (al que se refieren los arts. 81 LPR'05 y 86.3 LPAP'03), pues la FRS no es una *concesionaria* con respecto a la CAR que deba explotar el bien con arreglo a unas condiciones pactadas en un contrato y en unos pliegos en los que se determinen aspectos esenciales como la duración o el canon concesional.

6/ Que, en rigor, el *uso privativo* conferido por la CAR a la FRS coloca a ésta última en una situación jurídica semejante a la de *adscripción* de bienes demaniales a los entes integrados en el Sector público (a que se refieren los arts 22 y 81.2 LPR'05 y 73.1 LPAP'03), pues no sólo confiere la facultad de uso (*ius utendi*), sino también la de administración (*ius gerendi*) del bien adscrito (cfr. arts. 76 LPAP'03 y 22.3 LPR'05). Se trata, por tanto, de una posición similar a la que en Derecho privado tiene el usufructuario.

7/ Que el Gobierno de la CAR, al autorizar este *uso privativo* a la FRS, se comporta como *titular demanial* del precitado derecho “de uso” del bien (demanial). que le fue transferido por el RD 1473/2001 y que le faculta para ello (*ex* el cit. art. 12-1-e LPR'05); razón por la que puede, a su vez, conferirlo limitadamente a la FRS, en régimen, no de concesión, pero sí de *adscripción*, como permite el cit. art. 81.2

LPR'05. Por tanto, el Gobierno de la CAR no se comporta, al dar esta autorización demanial a la FRS, como *titular del Protectorado* sobre dicha FRS, pues ni el bien al que la autorización demanial se refiere ni las facultades demaniales de uso y gestión del mismo que dicha autorización demanial confiere estaban, antes de dicha autorización demanial, en el patrimonio de la FRS; ni (al ser un bien demanial y, por tanto, inalienable) van a estarlo después de ella. En suma, la autorización demanial que ahora nos ocupa se rige por la legislación reguladora del demanio público y no por la legislación reguladora del régimen patrimonial de las Fundaciones; sin perjuicio, obviamente, de que los actos de gestión (nunca de disposición, dada la inalienabilidad del bien) que la FRS pretenda luego realizar con respecto al bien concernido, en el ámbito de la autorización demanial conferida al efecto, puedan quedar sujetos, además de al régimen demanial correspondiente, al régimen interno que establezcan los propios EFRS y la legislación sobre Fundaciones y, por tanto, eventualmente sujetos a autorización del Patronato fundacional o incluso del Protectorado.

**C) El Acuerdo de 14-05-2010**, como hemos expuesto en el AHA 4.4. facultó, a la citada FRS, para “*contratar con terceros la conservación, mantenimiento y explotación de las zonas de obra pública susceptibles de aprovechamiento diferenciado*”, como es el caso del expresado aparcamiento del CIBIR.

Este Acuerdo se adoptó para ampliar (*desarrollar*, dice literalmente) la demanial *autorización especial de uso* conferida, el 03-10-2008, a la FRS; y (sin duda, por razón de su fecha) para obtener de la CAR, como titular demanial y a través de su órgano superior, es decir, del Consejo de Gobierno de la CAR: i) por un lado, la ratificación de las decisiones adoptadas por la FRS para licitar la explotación privada del aparcamiento del CIBIR (AHA 3.1, 3.2 y 4.1) y aprobar los PCA y PPT correspondientes (AHA 3.1, 3.2 y 4.2); y ii) por otro, la aclaración (por si hubiere alguna duda al respecto) de que las facultades de gestión demanial del aparcamiento del CIBIR (que habían sido conferidas a la FRS en el Acuerdo del Gobierno de la CAR de 03-10-2008) comprendían también las necesarias para contratar su explotación con terceros, esto es, mediante concesiones administrativas demaniales; una facultad que, en Derecho privado, también tiene el usufructuario para arrendar los bienes usufructuados (cfr. art. 480 Cc), lo que explica que, en la legislación de régimen local, se haya mantenido la antigua posibilidad de explotar bienes de dominio público mediante arrendamientos demaniales, aunque con un régimen semejante al de las concesiones demaniales (cfr. art. 74.2 RBEL, en relación con los arts 100 y 113 RSCL).

## **7. Las facultades de ACSL.**

**A)** Las facultades de ACSL sobre el Aparcamiento que nos ocupa nacen en un momento posterior, concretamente el 24-06-2008, cuando la FRS aprueba el Acuerdo de adjudicación definitiva, a ACSL, del contrato que se formalizaría el 07-07-2010.

**B)** Dichas facultades se limitan a la explotación lucrativa del Aparcamiento del CIBIR en los términos que resultan de los documentos contractuales que figuran en el expediente (relatados en el AHA 3).

**C)** Pero es de advertir que tales facultades deben ser entendidas y aplicadas siempre sin perjuicio de las normas imperativas (de *ius cogens*, es decir, no desplazables por las pactadas), que regulan el régimen jurídico de las *concesiones demaniales* efectuadas en favor de empresas privadas, como es ACSL, por las entidades del Sector público facultadas para ello (en este caso, la FRS, por virtud de las autorizaciones demaniales conferidas, a la misma, por los Acuerdos, del Gobierno de la CAR, de 03-10-2008 (fol. 364) y 14-05-2010 (fol. 365).

**D)** Hemos adelantado, pues, y luego lo razonaremos en extenso, que las referidas facultades de ACSL son las propias de un *concesionario demanial*, sujeto a las condiciones contractualmente pactadas, en la medida en que las mismas no contradigan el régimen legal imperativo de tales concesiones demaniales, básicamente contenido en los arts. 81 a 87 LPR'05 y 91 a 104 LPAP'03.

## **8. Recapitulación.**

De lo expuesto, podemos concluir: i) que el Aparcamiento del CIBIR es un bien inmueble demanial de servicio público, debidamente inventariado, catastrado e inscrito a favor de la CAR y destinado al servicio público sanitario; ii) que la titularidad al 100% de dicho bien demanial corresponde a la CAR, por transferencia del terreno, seguida de la construcción, declaración e inscripción registral del aparcamiento como obra nueva; iii) que la CAR ha conferido a la FRS, mediante autorizaciones administrativas demaniales, el *uso privativo* de dicho bien demanial, que también le faculta para su explotación lucrativa; iv) que la FRS, en virtud de dichas autorizaciones administrativas demaniales, ha conferido dicho *uso privativo* del referido Aparcamiento del CIBIR a la empresa ACSL, mediante un contrato que, como luego razonaremos, es calificable como *concesión demanial*; v) que dicho contrato de *concesión demanial* se rige por sus propias condiciones pactadas, siempre que no contradigan las normas imperativas contenidas en la legislación demanial aplicable directamente y en la contractual del sector público, aplicable supletoriamente; y vi) que todo ello se entiende sin perjuicio de los derechos eminentes que conserva la TGSS sobre el suelo y vuelo de todos los terrenos traspasados a la CAR por el RD 1473/2011 y para la

reversión de los mismos si dejan de estar afectos al fin de interés público sanitario para el que fueron transferidos a la CAR.

## Quinto

### **Sobre los aspectos *formales* del expediente, en especial la naturaleza jurídica del contrato suscrito con ACSL**

#### **1. Planteamiento.**

La primera cuestión que debemos analizar es la naturaleza jurídica del contrato suscrito el 07-07-2010 entre la FRS y ACSL para la explotación del aparcamiento del CIBI. A este respecto, en el expediente lucen dos tesis contrapuestas que resumimos:

#### **2. Tesis de que es un contrato privado.**

La tesis **mantenida por la empresa contratista ACSL** es que se trata de un contrato privado.

**A)** En favor de esta tesis, militan los siguientes **argumentos** (en gran parte expuestos por ACSL en sus alegaciones de 07-01-2019, fols. 131-137):

1/ Que es cuestión *pactada*, como lo expresan los documentos contractuales; así: i) la cl. 1 PCA (fol. 227) establece que se aplicarán a esta contratación “*las normas de Derecho privado*”; y ii) la cl 2ª del precitado contrato (fol. 16), titulada *Legislación aplicable*, estipula que “*el presente contrato es de naturaleza privada*”.

2/ Que es cuestión *admitida*, pues la afirmación de que “*es un contrato de naturaleza privada*”, efectuada por ACSL en su documento de alegaciones de 07-01-2019 (fol. 131), ha sido reconocida en el informe de los Servicios Jurídicos de 03-05-2019 (fol. 188), al señalar que: “*en lo relativo a la naturaleza privada del contrato, en ningún momento se plantea cuestión distinta ni por FRS ni por la Consejería de Salud. El contrato es privado*”.

3/ Que es cuestión *corroborada* por los siguientes datos: i) la entidad contratante (FRS) es una Fundación sujeta al Derecho privado; ii) la entidad contratista (ACSL) es una empresa mercantil sujeta al Derecho privado; iii) las fuentes normativas reguladoras de este contrato son (según la cl. 1 del mismo, cfr. fol. 16), por este orden, el propio contrato y sus Anexos, el PCA, el PCT y las condiciones contenidas en la oferta del contratista en cuanto no contradigan a los expresados Anexos; es decir, fuentes todas ellas derivadas de la autonomía de la voluntad de las partes contractuales, que no citan ninguna fuente de Derecho público (salvo, las normas

tributarias, aludidas en la cl 12 del contrato); y iv) la sumisión procesal a los órganos jurisdiccionales de La Rioja (cl. 13 del contrato, fol. 19), que ACSL entiende en sus alegaciones (fol. 155) que son los del “orden jurisdiccional civil”.

**B) Las consecuencias jurídicas** que se derivan de esta tesis son las siguientes (en gran parte expuestas por ACSL en sus alegaciones de 07-01-2019, fols. 131-137):

1/ Que ACSL sólo tiene una relación jurídico contractual privada con FRS, por lo que dicha relación es *res inter alios acta*, esto es, totalmente ajena al Gobierno y a la Administración pública de la CAR, los cuales carecen de legitimación para intervenir en las cuestiones atinentes a este contrato.

2/ Que el contrato sólo se rige por su propia *condicionalidad contractual* y por las normas del Derecho privado, en modo alguno por las normas de Derecho público, como son las contenidas en la legislación sobre contratos del Sector público.

3/ Que el contrato no es un *contrato administrativo de concesión de un servicio público*, por lo que tampoco tolera la aplicación al mismo de una potestad jurídico-pública como es la de *rescate de la concesión* por motivos de interés público.

4/ Que las potestades jurídico-públicas que el Gobierno o la Administración pública de la CAR puedan ejercer sobre la FRS en ejercicio de la *función de Protectorado* que les atribuye la legislación sobre las Fundaciones, son totalmente ajenas a la empresa contratista ACSL, pues pertenecen al ámbito interno o doméstico (*in house*) de las relaciones entre la CAR y la FRS.

5/ Que la extinción del contrato sólo puede producirse por las *causas jurídico-privadas* previstas en los documentos contractuales o en la normativa de Derecho privado; y no por aplicación de normas de Derecho público, por lo que no es posible jurídicamente el rescate de la explotación.

6/ Que los *cálculos de las indemnizaciones* que las partes contractuales se deban en caso de resolución del contrato, deben realizarse sólo con los parámetros pactados por las partes en los documentos contractuales, no mediante la aplicación de los establecidos en la legislación sobre contratos del Sector público.

**3. Tesis de que es un contrato privado pero con aspectos jurídico-públicos pactados por las partes contratantes.**

La tesis **mantenida por la FRS** contratante, así como por la **DG de los Servicios Jurídicos** del Gobierno de la CAR, es que se trata de un contrato de naturaleza privada, pero en el que las partes han pactado ciertos elementos de Derecho público.

A) En favor de esta tesis, militan los siguientes **argumentos** (en gran parte expuestos en el informe de los Servicios Jurídicos de 03-05-2019 (fols. 178-193).

1/ Que es cuestión *pactada*, pues las partes, no sólo pactaron las precitadas cls. que estipulan la naturaleza privada del contrato, sino también las que prevén la posible extinción del contrato por *secuestro* (cl. 22.1 PCA y 45-c del CDTA) o *rescate* (cl. 22.2 PCA y 45-c CDTA), que son causas de extinción de Derecho público previstas en la legislación sobre contratos del Sector público (cfr. arts 279-, 279-f, 294-c y 294-f, de la LCSP'17).

2/ Que es cuestión *admitida*, pues la empresa contratista participó en el *procedimiento negociado sin publicidad* convocado por la FRS (cfr. cl. 1 del contrato), que es un procedimiento especial de Derecho público (cfr. art. 170 LCSP'17), al que está sujeta la FRS en cuanto que tiene el carácter de *poder adjudicador* (art. 3.3-b LCSP'17), por lo que ha de adjudicar sus contratos con arreglo a la legislación de contratos del Sector público (como establece el *Procedimiento de compras y contratación* que, adaptado a la LCSP'17, fue aprobado por su Gerencia el 09-03-2018 y al que alude la IGCAR en el fol. 668 de su informe de 20-06-2019); siendo de destacar que la misma consideración jurídico-pública tenía dicho procedimiento de contratación cuando se produjo la adjudicación del contrato que nos ocupa y estaba vigente la LCSP'07 (cfr. art. 3.3-b LCSP'07).

3/ Que es cuestión *corroborada* por los siguientes datos: i) la entidad contratante (FRS) es una Fundación sujeta al Derecho privado que, si bien no tiene la consideración de *Administración pública*, sin embargo, está integrada en el *Sector público* a efectos institucionales (cfr. art. 53.1 Ley 3/2003) y contractuales (art. 3.1.e LCSP'17), donde, además, es *poder adjudicador* (art. 3.3.-b LCS'17); ii) la entidad contratista (ACSL) es una empresa mercantil sujeta al Derecho privado, pero, en cuanto que contratista, está sujeta a la condicionalidad contractual, que puede contemplar, y de hecho contempla, cláusulas que, como las precitadas sobre secuestro y rescate, suponen el empleo de potestades jurídico-públicas; iii) las fuentes normativas reguladoras de este contrato no se reducen a la condicionalidad contractual sino a las remisiones implícitas que la misma hace a la normativa contractual del Sector público en lo que se refiere al empleo de las potestades jurídico-públicas que contempla (cfr. art. 319.2 LCSP'17); y iv) la sumisión procesal a los órganos jurisdiccionales de La Rioja (cl. 13 del contrato, fol. 19), no implica una sumisión al *orden jurisdiccional civil*, sino, al orden jurisdiccional *que resulte competente según las leyes rituarías* (como puede ser el laboral o el contencioso-administrativo, según la naturaleza del asunto litigioso que se presente; así, por ejemplo, las cuestiones tributarias, previstas en la cl. 12 del contrato es obvio que han de ser residenciadas, en su caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa).

**B) Las consecuencias jurídicas** que se derivan de esta tesis son las siguientes (en gran parte expuestas en el informe de los Servicios Jurídicos de 03-05-2019, fols. 178-193):

1/ Que, si bien el contrato es privado, el Gobierno y a la Administración pública de la CAR no son totalmente ajenos al mismo, pues les compete adoptar algunas decisiones de Derecho público previstas en el mismo, entre las que se encuentra el ejercicio de la potestad de rescate (cfr. art. 319.2 LCSP'17).

2/ Que, si bien el contrato se rige por su propia *condicionalidad contractual* y por las normas del Derecho privado (arts: 20, LCSP'07; y 319, LCSP'17), también resultan aplicables al mismo las normas de Derecho público que regulan las potestades jurídico-públicas contempladas en dicha condicionalidad, como son las de secuestro y rescate, cuya regulación se encuentra en la legislación sobre contratos del Sector público (cfr, por ejemplo, los arts. 294-c y 319.2 LCSP'17, expresamente aplicables al presente caso *ex* DT 1<sup>a</sup>.1.3 LCSP'17).

3/Que, si bien el contrato tiene naturaleza privada, la libertad de pactos ínsita en la autonomía de la voluntad que caracteriza a los mismos (y que es reconocida en los arts: 1255, Cc; 25, LCSP'07; y 34, LCSP'17) permite a las partes pactar que, como causas de resolución del contrato, figuren también algunas de carácter jurídico-público, como el secuestro o el rescate por motivos de interés público.

4/ Que, pese a ser el contrato de naturaleza privada, las potestades jurídico-públicas incluidas en el mismo (como son las de extinción por secuestro y rescate) son operativas, no por virtud del Derecho público que las regula (*ope legis*), sino por virtud del propio contrato privado que las recoge (*ope contractus*), de suerte que, por ejemplo en el caso del rescate, estaríamos ante un *rescate contractual*, en el sentido de que las partes han asumido, libre y espontáneamente, la aplicación de tales potestades públicas en el seno del contrato privado.

5/ Que, aun siendo privado el contrato, las referidas potestades jurídico-públicas existen en el mismo por virtud de la libertad de pactos que ampara a las partes y no como un reflejo en el contrato de las potestades jurídico-públicas que el Gobierno o la Administración pública de la CAR puedan ejercer sobre la FRS en ejercicio de la *función de Protectorado* que tienen atribuida, por la ley, sobre las Fundaciones.

6/ Que, al ser privado, los *cálculos de las indemnizaciones* que las partes contractuales se deban en caso de resolución del contrato, deben realizarse con los parámetros pactados por las partes en los documentos contractuales, pero teniendo en cuenta que, por remisión expresa o tácita de las partes, cuando tales cálculos se refieran a la aplicación de potestades de Derecho público, han de regirse por los

criterios establecidos al respecto en la legislación sobre contratos del Sector público, en concreto para el cálculo de la indemnización por rescate.

#### **4. Criterio de este Consejo Consultivo.**

Nuestro criterio es muy distinto del sustentado por ambas partes contractuales, ya que entendemos que el contrato que nos ocupa no es un contrato privado, ni tampoco un contrato privado con ciertos elementos jurídico-públicos aceptados contractualmente por las partes, sino un **contrato administrativo de concesión demanial para la explotación de un bien de dominio público**.

A) Este criterio se sustenta en los siguientes **argumentos**:

1/ Que el contrato tiene por objeto (según su cl.1, fol. 16) la explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento de vehículos en el CIBIR; inmueble éste que (según hemos expuesto con detalle en el AHA 2.3, 2.4 y 2.5 y en el FJ.3 de este dictamen, a los que nos remitimos) tiene el carácter *de bien de dominio público*, por estar afecto a la prestación de un *servicio público* de tipo sanitario (aparcamiento del CIBIR en el complejo del HSP) y, por eso, figura registrado e inventariado como tal bien *demanial*.

2/ Que, como es sabido, los bienes demaniales son *inalienables* (arts. 132,1 CE, 6 LPAP'03 y 4.2 LPR'05), lo que significa que no toleran que, sobre ellos, se constituyan derechos privativos de particulares que excluyan el uso común general al que están destinados, salvo previa una *concesión administrativa* (arts. 84-d LPAP'03 y 81.2 LPR'05) que permita su uso privativo y explotación económica por un concesionario.

3/ Que la FRS, aunque se rige objetivamente por las normas jurídicas que se aplican a las fundaciones benéfico-asistenciales de la CAR, sin embargo, en este contrato, no actúa con una posición jurídico-privada sino jurídico-pública- ya que no interviene como una entidad privada sobre un inmueble integrante de su patrimonio fundacional privado, sino como una entidad del Sector público de la CAR, a la que el Gobierno de la CAR le ha conferido, mediante una autorización demanial, la facultad demanial de *uso privativo* de un bien inmueble demanial; con la facultad, también demanial, de conferirlo un tercero mediante un contrato de concesión, igualmente demanial. En suma, la FRS actúa en tal condición jurídico-demanial porque: i) es demanial el inmueble que la CAR le ha adscrito; ii) es demanial la facultad de uso que, sobre dicho bien, el Gobierno de La Rioja le ha atribuido; iii) es demanial la facultad de conferir a terceros el uso privativo singular de este bien demanial mediante contrato que también el mismo Gobierno de la CAR le ha

conferido; y iv) es, igualmente, demanial, como consecuencia de todo lo anterior, el contrato suscrito con la empresa.

4/ Que, siendo esto así, las cls. 1 PCA (fol. 227) y 2 (fol. 16) del contrato que nos ocupa, así como cualquier declaración que luzca en la documentación contractual en el sentido de que este contrato tiene naturaleza jurídico-privada, debe ser entendida en el sentido de que se trata de un *contrato administrativo de concesión demanial*, por el que la entidad titular del aprovechamiento del bien demanial (en este caso, la FRS, como se ha expuesto en los AHA 2.3, 2.4 y 2.5 y en el FJ.3 de este dictamen, a los que nos remitimos) ha concedido la gestión del mismo a una empresa privada (en este caso, a ACSL), con arreglo a la condicionalidad que se contiene en el conjunto de documentos contractuales que hemos expuesto en los AHA.

5/ Que esto es así porque el juzgador (ahora y en este caso, el Consejo Consultivo), no está vinculado por la calificación jurídica que, de las relaciones subyacentes efectúen las partes implicadas en ellas, sino por la que se desprende de la verdadera naturaleza jurídica y económica de los negocios celebrados; como ha recordado el Consejo de Estado en su Dictamen de 17-11-2005 al señalar (en un caso muy similar al que ahora nos ocupa) que “*no debe olvidarse que el carácter administrativo o civil de un contrato sólo puede inferirse de un análisis sustantivo del mismo, sin que sean determinantes las declaraciones de sometimiento a un determinado régimen jurídico o a un determinado orden jurisdiccional*”; habiendo añadido la jurisprudencia que “*esta cualificación sustantiva o material del contrato dependerá, fundamentalmente, de su contenido y finalidad*” (STS 11-03-1985, 26-11-1985 y 17-07-1999, entre otras).

6/ Que el contrato, sus pliegos y demás documentos contractuales que hemos expuesto en los AHA conforma, por tanto, un *contrato administrativo de concesión de la gestión de un bien demanial*; tal y como prevén los arts. 93 LPAP'03 y 84 LPR'05. Estos contratos están excluidos de la legislación de contratos del sector público (cfr. arts. 4.1.-o, LCSP'07; y 9, LCSP'17), sin perjuicio de la aplicación directa de la misma, en caso de remisión expresa (art. 4.1 LCSP'07) o , en los demás casos, de forma supletoria (arts: 6.1, LPR'05; y 4 y 9, LCSP'17); porque se rigen por la legislación demanial, tanto estatal y básica (LPAP'03), como autonómica de la CAR (LPR'05), la cual establece el procedimiento de licitación y adjudicación de estas concesiones (arts. 82 a 84 y 91 LPR'05 y 93 a 96 LPAP'03), así como su contenido mínimo (arts. 92 y 93 LPAP'03 y 85, 92 y 93 LPR'05) y las causas de extinción (arts 100 LPAP'03 y 87 LPR'05), entre las que se encuentra el rescate (cfr. arts. 100-d LPAP'03 y 87-f LPR'05).

7/ Que, a efectos de la expresada aplicación supletoria de la legislación sobre contratos del sector público, hay que entender: i) que, para todo lo relativo al *rescate*,

en sus aspectos sustantivos y procedimentales, dicha legislación supletoria es la LCSP'17, ya que su DT 1<sup>a</sup>.1.3 establece que dicha LCSP'17 es la aplicable a los acuerdos de rescate que se realicen con posterioridad a su entrada en vigor, como es el que nos ocupa, que se inició por Res. de 19-12-2018; ii) que, para todo lo demás, dicha legislación supletoria es la LCSP'07, que estaba vigente en el momento de la adjudicación del contrato que nos ocupa, la cual tuvo lugar por Res. de 02-07-2010, ya que, según la DT 1.1 LCSP'17, los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de dicha LCSP'17 se regirán por la normativa anterior; iii) que, en lo que no se oponga a dichas leyes supletoriamente aplicables, subsiste la vigencia del RCAP'01.

8/ Que el contrato que nos ocupa: i) no constituye un *contrato administrativo de concesión de obra pública* (es decir, por el que se encarga a una empresa privada, mediante contrato de concesión, la construcción y posterior explotación de una obra pública, al que pudiéramos denominar contrato de concesión *constructiva*), de los regulados en la legislación de contratos del Sector público (cfr. arts: 223-250, LCSP'07; y 247-283, LCSP'17), pues el Aparcamiento del CIBIR ya estaba construido cuando su explotación fue contractualmente encargada a ACSL; ii) no constituye tampoco un *contrato administrativo de concesión de servicios públicos* (es decir, por el que se encarga a una empresa privada mediante contrato de concesión, la gestión de un servicio público, al que pudiéramos denominar contrato de concesión *servicial*), de los regulados en la legislación sobre contratos del Sector público (cfr. arts: 251-265, LCSP'07; y 284-297, LCSP'17), pues el Aparcamiento del CIBIR no constituye un servicio público que deba gestionarse, sino un bien demanial que es susceptible de un aprovechamiento rentable.

9/ Que, no obstante, el *contrato de concesión demanial* que nos ocupa tiene en común, con los contratos de concesión *constructiva* y *servicial*, ser de naturaleza *concesional* y esto explica que, aunque, por tratarse de una concesión *demanial*, se rige por la legislación demanial del Sector público (contenida en este caso, en la LPAP'03 y en la LPR'05) y no por la contractual del Sector público (cfr. arts: 4.1-o, LCSP'07; y 9 LCSP'17), ésta última resulta, sin embargo, aplicable supletoriamente (arts: 6.1, LPR'05; y 4 y 9, LCSP'17), especialmente en las disposiciones previstas para las concesiones *serviciales* (cfr. arts: 251-265, LCSP'07; y 284-297, LCSP'17) con las que tiene más analogía.

**B) Las consecuencias jurídicas** que se derivan de este criterio del Consejo Consultivo son muy distintas de las expuestas por las partes contractuales en el expediente, y pueden resumirse en las siguientes:

1/ Que, a los efectos del presente dictamen, es indiferente la naturaleza jurídica de la FRS, porque, si bien es cierto que, como aceptan las partes, se trata de una fundación

pública, sujeta a la legislación general (privada) sobre Fundaciones, constituida por el Gobierno de la CAR, pero *integrada en su Sector público* y que tiene el carácter de *poder adjudicador*, lo único relevante ahora es que se trata de una entidad dotada de personalidad jurídica a la que (como hemos explicado en los AHA y en el FJ.3) se le adscribió legalmente la gestión del bien demanial que nos ocupa, con facultad de, a su vez, encomendarla contractualmente a un tercero (en este caso, a ACSL) mediante el procedimiento administrativo adecuado, cuya regularidad no ha sido objeto de discusión.

2/ Que la relación contractual que vincula a la FRS con ADSL es calificable de *contrato administrativo de concesión demanial para la gestión de un bien de dominio público* como es el Aparcamiento del CIBIR (de hecho, son muchas las ocasiones en que las partes refieren al contrato como *concesión*, cfr. fols. 53, 54, 63, 64, 65 y 721, entre otros); contrato que es regulado por las condiciones pactadas en los diversos documentos contractuales obrantes en el expediente, siempre que no contradigan las normas imperativas que regulan este tipo de concesiones en las reiteradas Leyes reguladoras del demanio público y sin perjuicio de la aplicación supletoria, cuando proceda y en la medida que hemos indicado, de la legislación en materia de contratos del Sector público.

3/ Que, por tanto, no son de recibo las alegaciones efectuadas por la empresa ADSL en el sentido de que se trata de un contrato exclusivamente privado y, por tanto, tampoco lo son las consecuencias jurídicas que, de dicha calificación (que consideramos errónea), se derivan y que hemos resumido anteriormente. Repárese, por ejemplo, en la incongruencia que supone apoyarse en la literalidad de los documentos contractuales que afirman la naturaleza privada del contrato para negar la misma rotundidad literal con los tales documentos reconocen que el contrato puede ser extinguido por rescate.

4/ Que, en consecuencia, tampoco son de recibo las alegaciones efectuadas por la DG de los Servicios Jurídicos del Gobierno de la CAR, en el sentido de que se trata de un contrato privado con ciertos elementos jurídico-públicos cuya eficacia no deriva de su carácter jurídico-público sino de su previa aceptación contractual por las partes; y, por tanto, tampoco son de recibo las consecuencias jurídicas que de dicha calificación, que también consideramos errónea, se derivan y que hemos resumido anteriormente. Repárese, p.e, en que un pretendido *rescate contractual* (es decir, aceptado contractualmente por las partes) infringiría el art. 1256 Cc, a cuyo tenor los contratos no pueden quedar al arbitrio de uno solo de los contratantes, como, en caso de extinción por rescate, sería la Administración rescatante.

5/ Que el *rescate*, por tanto, es, en el expediente que nos ocupa, una causa de extinción del contrato de concesión demanial por motivos de interés público, que, si

bien está prevista expresamente en los documentos contractuales, es, en rigor, aplicable directamente, cuando proceda, por virtud de las precitadas disposiciones de la legislación demanial del Estado y de la CAR, pues deriva, no de la voluntad de las partes contractuales, sino de las normas legales que la instauran.

6/ Que la razón de esta imperatividad legal que presenta la institución del rescate de las concesiones demaniales es precisamente la *demanialidad*, no sólo del bien inmueble subyacente, de cuya gestión se trata (puesto que revela la finalidad de interés público que debe ser preservada en el desarrollo de su eventual concesión contractual por empresas privadas), sino también de las facultades que han sido atribuidas por la CAR a la FRS para la gestión y contratación de la explotación de ese bien demanial y que la FRS no tendría sino le hubieran sido conferidas.

7/ Que el *rescate* es, por supuesto, una potestad jurídico-pública, conferida por las leyes, a la Administración pública, para extinguir imperativamente un contrato (en este caso, de concesión demanial), por motivos de interés público; y, por ello, independientemente de la voluntad de los contratantes. De ahí que la aplicación del rescate se produce (si concurren las circunstancias que lo justifican), por ministerio de ley y en los términos y condiciones con los que la ley la configura, esto es, independientemente de que dicha causa de resolución haya o no sido prevista y regulada contractualmente por las partes.

8/ Que, como luego expondremos con más detalle, el *rescate* tiene (junto con instituciones como la excedencia funcional forzosa o el sacrificio forzoso de animales por epizootias) un cierto carácter *expropiatorio* (por el que doctrinalmente ha sido considerada como uno de los ejemplos de *expropiación virtual*), lo que explica que los principales efectos de la extinción de la concesión por rescate (al ser éste fruto de una intervención, imperativa, forzosa y unilateral, de la Administración en el contrato, por más que esté prevista en el mismo) sean: i) por un lado, el *recuperatorio* de la *posesión* y *gestión* del bien demanial por parte de la Administración rescatante (no de la *propiedad*, ya que, al ser demanial, es inalienable); y ii) por otro, el *indemnizatorio*, en favor del concesionario.

9/ Que, debido a esa peculiar naturaleza jurídica, la *indemnización* por causa de rescate no se dirige a instrumentar una mutua devolución de las prestaciones intercambiadas por las partes durante el desarrollo del contrato (que es el efecto propio de la extinción contractual por causas de nulidad o de resolución imputables a los contratantes), sino sólo a valorar y resarcir el *daño emergente* y el *lucro cesante* que el rescate haya irrogado al concesionario en sus intereses patrimoniales legítimos, lo cual, como luego veremos, determina y limita las partidas y cuantías que deben ser incluidas y excluidas al calcular la cuantía indemnizable.

## Sexto

### **Análisis de los problemas suscitados en el expediente sobre la fase de constitución del contrato (licitación, adjudicación, formalización).**

#### **1. Planteamiento.**

Analizaremos en este FJ las diversas objeciones que, a lo largo de la extensa documentación que hemos examinado, se han planteado, por las partes o por distintos órganos intervinientes, especialmente por la CEI parlamentaria, referidas a la fase constitutiva del contrato que nos ocupa (esto es, posibles defectos o irregularidades que han sido señalados en la licitación, adjudicación o formalización del contrato), con objeto de determinar si, a nuestro entender, revisten o no relevancia invalidante de las actuaciones concernidas.

#### **2. La justificación de la contratación.**

Una primera objeción planteada se refiere a la *motivación para contratar*, en el sentido de que podría estar insuficientemente justificada en el expediente.

En nuestro criterio, esta objeción carece de relevancia invalidante ya que: i) los arts. 78 LPR'05 y 85.4 LPAP'03 prevén el *uso privativo* de bienes demaniales mediante *concesión demanial*, la cual se efectúa mediante una licitación (art. 93 LPAP'03), que puede ser directa (cfr. art. 93, en relación con el 137.4 LPAP'03) si hubo otra anterior pública fallida, como es el caso; ii) la FRS contrató previamente un estudio económico al efecto, que se extendió a las distintas posibilidades de aparcamiento en el HSP (cfr. AHA 2.6); y iii) la notoria crisis económica del momento justificaba la búsqueda de formas de financiación del Sistema riojano de salud, siendo así que la rentabilidad singular es una de las causas legales que pueden justificar las concesiones demaniales (cfr. art. 85.2 LPAP'03), razón por la que el régimen económico es siempre un elemento esencial en el condicionado concesional (cfr. art. 85-b LPAP'03).

#### **3. La disparidad de empresas.**

Una segunda objeción es la *falta de identidad entre las empresas* ofertantes, las provisionalmente adjudicatarias y las finalmente integradas en la concesionaria que firma el contrato. En efecto, la oferta de 09-03-2010 aparece suscrita por 4 empresas (identificadas en el AHA 4.3), a las que se adjudicó provisionalmente el contrato el 01-06-2010 (cfr. AHA 4.5.A), pero, al constituir la empresa concesionaria, ACSL, por EP de 15-06-2010 (AHA. 4.5.C), una de las oferentes y adjudicatarias provisionales (*V.E.S.L*) es sustituida por otra (*S.A.L*), lo que podría implicar no sólo el haber admitido a la adjudicación a una SL en constitución, excediéndose así de la autorización contenida en el CDTA para la admisión

de empresas de reciente constitución, sino también alterar las previsiones de solvencia de los oferentes iniciales e infringir el principio de libre competencia.

En la misma línea de razonamiento se sitúa la objeción de que el proceso negociador abierto tras la adjudicación se ha extendido sobre aspectos que contradicen el contenido de la oferta presentada (que excluye un *canon variable*) y no previstos en CDTA (como incluir un *canon por servicios generales* o constituir *garantías*).

En nuestro criterio, estas objeciones carecen de relevancia invalidante ya que se trata de un procedimiento negociado directamente y la adjudicación definitiva, adoptada el 02-07-2010, tras la correspondiente fase de negociación (AHA4.5), se realiza en favor de ACSL que es quien formalizará, el 07-07-2010, el contrato con la FRS y, posteriormente, las modificaciones del mismo, que también son adoptadas en el marco de negociación que imponen las cláusulas contractuales reguladoras de la ejecución del contrato y especialmente el pago de compensaciones (AREC) para mantener su equilibrio económico.

#### **4. La cifra de capital.**

Otra objeción que se ha planteado es que la cifra de capital de ACSL (1.200.000 euros, según su EP constitutiva, fol. 568) es insuficiente para hacer frente a la explotación del aparcamiento del civil, cuyo canon fijo inicial ya asciende a 8.000.000 euros.

Esta objeción carece, en nuestro criterio, de eficacia invalidante, porque, como es sabido, la cifra del capital social tiene una función de garantía, en relación con el valor del patrimonio social, pero (como enseguida razonaremos) no supone una limitación de la *capacidad de obrar* de la Sociedad, máxime cuando es conocida por la otra parte contratante.

#### **5. La disparidad de objeto de las Sociedades.**

También se ha objetado la *falta de identidad entre los objetos sociales* de las empresas ofertantes y *la actividad de explotación del aparcamiento* a la que se dirige la contratación; ya que, efectivamente, el objeto social de las empresas ofertantes era más bien la actividad constructora (cfr. fols. 717-720), mientras que el objeto del contrato es la explotación del aparcamiento del CIBIR.

En nuestro criterio, esta objeción carece de relevancia invalidante: i) porque se trata de un procedimiento negociado directamente y la adjudicación definitiva, adoptada el 02-07-2010, tras la correspondiente fase de negociación (AHA 4.5), se realiza en favor de ACSL, que es la empresa que formalizará, el 07-07-2010, el contrato, en cuyo expositivo 4 (fol. 16), consta que tiene por objeto la construcción, explotación y mantenimiento de aparcamientos públicos o privados de vehículos; ii) porque, si las Sociedades, aisladamente

o participando en la empresa ACSL, podían lo más, que es construir un aparcamiento, también podían lo menos que es explotarlo mercantilmente; y iii) porque el objeto social de las empresas que figura en sus respectivos Estatutos societarios, si bien cumple, *internamente*, es decir, en las relaciones de sus administradores con los socios, una finalidad de limitación de las facultades de los administradores, que les responsabiliza eventualmente ante los socios por su gestión si se excede del objeto social; sin embargo, *externamente*, es decir, en las relaciones de la Sociedad con terceros, sólo cumple una finalidad informativa sobre el giro o tráfico mercantil al que principalmente se dedica la Sociedad de que se trate, pero no constituye una limitación para su *capacidad de obrar* que impida a tales Sociedades realizar actos de lícito comercio de los que resulten obligadas para con quienes, conociendo su objeto social, contraten con las mismas; tal y como ha declarado reiteradamente la *doctrina registral* sentada por la DGRN en sus Resoluciones (cfr, p.e. las de 11-11-1991, 20-01-2015, 18-09-2015, 04-04-2016 o 11-04-2016, entre otras), en interpretación y aplicación de los arts. 161 y 234, de la LSC, y 10, de la Directiva CE/101/2009, de 16 de septiembre (como antes respecto de los, ahora derogados, arts: 9, de la 1ª Directiva CEE/151/1968, de 9 marzo; 286, del CCom; 79, de la LSA de 1951, y 11, de la LSL de 1953).

## **6. La disparidad de los PCA.**

Otra objeción planteada es la *falta de identidad entre los PCA* establecidos para la primera (AHA 3.1) y segunda (AHA 3.2) licitaciones (que resultaron desiertas) y la tercera (AHA 4) que concluyó mediante la formalización del contrato que nos ocupa; debido a que, si bien los tres PCA son prácticamente iguales, el tercero incluye la cl. 24 PCA, sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante compensaciones económicas (AREC) a cargo de la FRS (cl. 24.3c PCA), que no figuraba en los dos anteriores y cuya inclusión podría lesionar el interés público por el coste que ha conllevado para la FRS.

En nuestro criterio, estas objeciones carecen de relevancia invalidante ya que: i) el único PCA relevante en la contratación que nos ocupa es el tercero, pues los dos anteriores corresponden a licitaciones que resultaron desiertas; ii) la inclusión de una cl. de restablecimiento del equilibrio económico del contrato no es, por sí misma, contraria a Derecho, pues ha sido admitida por la jurisprudencia (cfr, entre otras, la STS 29-06-1990) y reconocida por la legislación sobre concesiones de obras públicas (arts: 241, LCSP'07; y 270, LCSP'17) y de gestión de servicios públicos (arts: 126.2-b, RSCL; 258, LCSP'07; y 290, LCSP'17) ; iii) la inclusión de dicha cláusula en el PCA no implica, por sí misma, una obligación de pago para la FRS, ya que ésta sólo se produce cuando concurren las circunstancias de desequilibrio que la misma cláusula prevé y que, en su caso, también pueden determinar un pago a favor de la FRS y a cargo de la empresa concesionaria; y iv) cuando se introdujo en el PCA, no estaban vigentes los arts: 270.2-b, inciso final, y 290.4-b, inciso final, de la LCSP'17 que, en las concesiones de obras y servicios públicos,

prohíben estas cláusulas cuando pretendan cubrir el “*incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario*”.

## Séptimo

### **Análisis de los problemas suscitados en el expediente sobre el contenido y ejecución del contrato**

#### **1. Planteamiento.**

Analizaremos en este FJ las diversas objeciones que, a lo largo de la extensa documentación que hemos examinado, se han planteado, por las partes o por distintos órganos intervinientes, incluso por la CEI parlamentaria, referidas al contenido pactado por las partes en los distintos documentos contractuales obrantes en el expediente o a incidencias sucedidas durante la ejecución contractual, con objeto de determinar si, a nuestro entender, revisten o no relevancia invalidante de las actuaciones concernidas.

#### **2. El cerramiento de otros aparcamientos.**

Una objeción, planteada, principal aunque no únicamente, por ACSL, es el reiterado *incumplimiento*, por parte de la FRS, de la obligación, contractualmente asumida, de *cerrar* (es decir, de someter a tarifa mediante precio público) otros Aparcamientos del HSP, en especial, el situado en su zona Oeste.

Recordemos que esta obligación fue establecida, como medida para incentivar el uso del Aparcamiento del CIBIR (cuya explotación contractual fue conferida a ACSL en la concesión demanial que nos ocupa), en la modificación contractual de 19-02-2013 (pc.1-B, fol. 52, AHA 5.3), donde la FRS previó cumplirla antes de *01-09-2015*, si bien luego esta última fecha fue prorrogada hasta *01-07-2016* (en la modificación contractual de 08-06-2016, fol. 56-57, AHA 5.7) y, en rigor, hubo que esperar otros 6 meses, esto es, hasta el *01-02-2017* para que entrara en vigor el Decreto 49/2016, por el que el Gobierno de la CAR sujetó a precio público tarifado el Aparcamiento de la zona Oeste del HSP.

Es posible que, como afirma ACSL en su comunicado de 20-03-2017 (fol. 761, AHA 5.8.F), sean ciertas las noticias de prensa en el sentido de que, a consecuencia de las medidas de gratuidad (exención del citado precio público) adoptadas en favor de los usuarios del HSP, menos de un 3% de usuarios de dicho Aparcamiento Oeste del HSP estén pagando las tarifas oficialmente implantadas como precio público; y es cierto que ACSL ha presentado (en diversas ocasiones que constan en el expediente) quejas, a la FRS, por el incumplimiento de esta obligación contractual, que incluso ACSL ha calificado

como *sustancial*, por ejemplo, al presentar su reclamación económica de 19-05-2016 (fol. 761, AHA 5.8.F).

Pero, en nuestro criterio, este incumplimiento carece de relevancia para determinar la extinción del contrato por causa de *resolución*, por los siguientes motivos:

1/ Por el *principio de exclusividad* contractual, ya que el objeto del contrato de concesión demanial que nos ocupa es la explotación del Aparcamiento del CIBIR (cfr. cl 1, AHA 1-A), no la de otros Aparcamientos del HSP.

2/ Por el *principio de riesgo y ventura*, ya que el régimen económico de esos otros Aparcamientos del HSP o de sus alrededores puede tener influencia en el número de esos usuarios del aparcamiento del CIBIR, pero esa es una circunstancia derivada del mercado y de la libre competencia que, además, la empresa concesionaria conocía al formalizar su contrato y que está obligada a soportar a su *riesgo y ventura*, criterio éste que es general en toda la contratación del Sector público (art. 197 LCSP'17) y que rige expresamente en la ejecución de este contrato (cfr. la cl. 24 PCA).

3/ Por el *principio de accesoriedad*, ya que el “cerramiento” (sujeción a precio del uso) de tales Aparcamientos no es una obligación principal del contrato que nos ocupa, pues sólo es recogida en la documentación contractual como una de las obligaciones accesorias de la FRS asume para tratar de incentivar el uso del Aparcamiento del CIBIR y que, además, en rigor, tiene por objeto económico, no tanto favorecer la cuenta de resultados de la empresa concesionaria ACSL, cuanto la de la propia FRS para minorar el importe de las aportaciones (AREC) que incumben a FRS para mantener el equilibrio del contrato (cfr. AHA 5.3.B.1).

4/ Por el *principio del cumplimiento*, ya que la FRS ha cumplido esencialmente con esta obligación accesorial al sujetar a precio público el Aparcamiento de las zona Oeste; y el retraso de 6 meses en la entrada en vigor del referido precio público no puede reputarse un incumplimiento relevante y mucho menos *esencial* del contrato, máxime cuando la potestad para implantarlo no corresponde a la FRS, sino al Gobierno de la CAR, a propuesta de la Consejería del Gobierno de la CAR competente en materia de hacienda (cfr. art. 36.1 de la Ley 6/20029).

5/ Por el *principio de prioridad* en la apreciación de posibles causas concurrentes en orden a la extinción del contrato (cfr. art. 211.2 LCSP'17), que impide que, una vez iniciado el procedimiento para el posible rescate de dicho contrato (causa prioritaria en el tiempo), la empresa concesionaria pueda invocar el precitado retraso como causa de resolución contractual, máxime cuando de hecho no lo ha invocado y tampoco ha presentado ninguna cuantificación justificada del eventual perjuicio

causado, a ACSL, por tal retraso o por la exención tarifaria conferida a ciertos usuarios.

6/ Por el *principio de sistematicidad*, ya que el eventual perjuicio económico para ACSL que se podría derivar de este incumplimiento, es cuestión que se engloba en la más amplia del mantenimiento del equilibrio económico del contrato que enseguida analizaremos.

### **3. El equilibrio económico del contrato.**

A) Una de las cuestiones cruciales que plantea el expediente y que nos proponemos abordar ahora es, sin duda, la admisibilidad, naturaleza, ámbito, ejecución y efectos de la cláusula contractual que obliga: a ambas partes, al mantenimiento del equilibrio económico del contrato; y, en concreto, a la FRS, a pagar, a tal efecto, a ACSL, aportaciones económicas anuales (AREC), en el caso de que la explotación auditada del Aparcamiento del CIBIR presentara determinado *déficit*.

B) Es de advertir, en primer lugar, que, si bien la cláusula es, obviamente, bilateral, esto es, puede afectar tanto a la ADSL (caso de *superávit*) como a la FRS (caso de *déficit*); sin embargo, en la ejecución del contrato que nos ocupa, sólo se ha producido esta segunda situación, es decir, la de *déficit* de explotación, que ha obligado a la FRS a efectuar pagos compensatorios (AREC) a ACSL.

C) Una segunda advertencia consiste en que, si bien la cláusula prevé diversas medidas para restablecer el equilibrio económico del contrato (tales como modificar los plazos contractuales o las tarifas pactadas), en la ejecución del contrato que nos ocupa sólo se ha empleado la medida, prevista en la cl. 24.3-c PCA, consistente en el *pago directo de compensaciones económicas* (AREC), efectuado por FRS a favor de ACSL.

D) La tercera advertencia estriba en recordar cómo dicha cláusula ha sido objeto de una *formalización progresiva* en diversos documentos contractuales que, para su lectura consolidada, hemos *refundido* en el AHA 10.7, al que nos remitimos para evitar inútiles repeticiones, y del que resulta (en resumen, para lo que ahora interesa en este dictamen y prescindiendo de todas las propuestas y negociaciones que no llegaron a plasmarse en acuerdos vinculantes), lo siguiente.

1/ ***Equilibrio económico del contrato***. La oferta contractual de 09-03-2010 (fol. 609) estableció, como *equilibrio económico del contrato*, una previsión de demanda, sobre las 615 plazas de las que consta el aparcamiento del CIBIR, según la cual y como media anual, estarían ocupadas: 61 plazas, en régimen de abono (a 68,97 euros por mes); y 135 plazas, en régimen de rotación (a 0,0259 euros por minuto).

2/ **Compensaciones económicas.** Las cls. 24.1-d y 24.3-c del PCA dispusieron que, cuando no se llegase a un 25% de tales previsiones de demanda, la FRS restablecería el equilibrio económico del contrato con diversas medidas para cubrir tal *déficit*, entre las que destaca (por ser la única que se llevó a efecto) el abono directo, por parte de FRS, de la correspondiente **compensación económica** (AREC) a favor de ACSL.

3/ **Cálculo anual la compensación.** En la modificación contractual de 20-05-2010, se pactó que el pago de dicha compensación económica (AREC) se produciría en el plazo de 1 mes desde la presentación de las cuentas anuales auditadas de ACSL, calculando su importe de común acuerdo; y, en defecto de dicho acuerdo, la FRS abonaría, en tal concepto, **la diferencia entre el beneficio anual neto auditado obtenido y el previsto** (en la oferta contractual que, por eso, se considera documento contractual), **siempre que el obtenido fuera inferior en un 25% al previsto** (como establece la cl. 24 PCA).

4/ **Naturaleza de tales compensaciones.** En la cl. 24.3-c PCA, se las denomina *compensaciones económicas*, pero sin aclarar la naturaleza jurídica de estos posibles pagos. Por ello, en algunas propuestas de modificación contractual que no se llevaron a término y en algunas alegaciones de la concesionaria (cfr. AHA 5.4, 6.2.B y 6.3.2), tales compensaciones parecen querer configurarse como *pagos a fondo perdido* (es decir, no reembolsables a la FRS) o como *préstamos participativos* (es decir, que, caso de concurso de ACSL, la FRS podría exigir desde una posición intermedia entre la de acreedor y socio). Pero estas dudas quedaron resueltas en las Actas de 27-01-2012 (AHA 5.2-B, fol. 720) y 13-03-2013 (AHA 5.2-F, fol. 721) y, definitivamente, en la modificación contractual de 19-09-2013, ratificada en la de 08-06-2016, en la que las partes pactaron (AHA 7.3, pc.1-C y 1-D, fols. 52-53 y 56-57) que estas compensaciones económicas se considerarían como **pagos a cuenta** del resultado final de la concesión, que se evaluaría al extinguirse la misma; esto es, que, caso de extinción de la concesión por cualquier causa, para calcularlas, habría que traer a colación las compensaciones (que podrían ser mutuas) que, para reequilibrar económicamente el contrato, cada año dichas partes se fueren haciendo recíprocamente a lo largo de la duración del mismo (prevista en 40 años, hasta 30-04-2018); de ahí que (como pactos para después del periodo transitorio acordado), se previera expresamente su devolución, por ACSL a FRS, en los casos de continuidad del contrato (pc. 1-C, fol. 53) o resolución del mismo, con o sin mutuo acuerdo (pc. 1-C y 1-D, fols. 52 y 53).

5/ **Compensaciones pagadas.** A consecuencia de tales pactos (y prescindiendo de las diversas reclamaciones, retrasos e incidencias en los pagos que refleja el expediente), lo cierto es que la FRS ha ido efectuando aportaciones, a ACSL, entre septiembre de 2010 y abril de 2018 (a partir de cuya fecha no se ha abonado ninguna

más), por un importe que el informe de la OCP cifra (sin discusión, por ser dato contable) en **5.413.420,54 euros** (cfr. AHA 8.2-C.2).

**E)** La **objeción** que, sobre todo por parte de la CEI parlamentaria, se ha hecho a esta *cláusula de restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante compensaciones anuales a cuenta del resultado final de la explotación* es que (no habiendo sido contemplada en los PCA que rigieron en las dos licitaciones previas que quedaron desiertas) fue introducida en el PCA de la contratación que nos ocupa y que parece lesiva para el interés público, porque prácticamente elimina el *principio de riesgo y ventura* que, en toda contratación, debe asumir el contratista, al arrojar sobre el otro contratante, en este caso, sobre la FRS (es decir, sobre el erario público), el resultado negativo de la explotación.

**F)** El **criterio de este Consejo** al respecto es el siguiente:

1/ El *principio de riesgo y ventura* es general en toda la contratación del Sector público (arts: 199, LCSP'07; y 197 LCSP'17), rige expresamente la ejecución de este contrato (cfr. la cl. 24 PCA) e implica que el contratista asume tanto el beneficio como la pérdida económica que se derive del contrato, sin poder trasladar a la contraparte el resultado económico de la explotación.

Este principio es una exigencia deóntica del sinalagma contractual que expresa la justicia conmutativa encarnada en los contratos del tipo que la doctrina germánica denomina *vertrag* (de oposición de intereses), en los cada parte asume las prestaciones a las que se ha obligado, como son, por ejemplo, los de compraventa o arrendamiento; a diferencia de los contratos que dicha doctrina denomina de tipo *vereimbarungen* (de convergencia de intereses), que son convenciones normativas en las que las partes se asocian mutuamente en el resultado positivo o negativo de los negocios comunes, como son, por ejemplo, los contratos de sociedad (arts. 1665-1798 Cc) o de cuentas en participación (arts 239-243 CCom).

El caso que nos ocupa es un contrato del primer tipo, ya que consiste en una concesión demanial por la que la FRS entrega a ACSL el Aparcamiento del CIBIR para que lo explote durante un tiempo y por un precio pactado en forma de cánones diversos (fijo, variable, anual).

Por tanto, en principio, este tipo de contratos no tolera la presencia de cláusulas de reequilibrio económico, las cuales deben entenderse desplazadas por la norma legal imperativa que impone la obligación incondicionada de la ejecución contractual a *riesgo y ventura* del contratista.

2/ Ahora bien, expuesto el referido principio general, no puede desconocerse, sin embargo, que la doctrina y la jurisprudencia han admitido, sobre todo en los contratos de tracto sucesivo, correctivos de equidad basados en el principio *rebus sic stantibus*, por el que debe considerarse, como cláusula contractual sobreentendida, que las partes se han obligado teniendo en cuenta el marco de condiciones existentes en el momento de formalizar el contrato, por lo que éste debe ser equitativamente adaptado cuando se produzcan nuevas circunstancias que alteren el inicial equilibrio de las prestaciones.

En aplicación de este criterio, han surgido instituciones como las *cláusulas de estabilización*, mediante las cuales las partes tratan de precaverse frente a alteraciones extracontractuales, esto es, ajenas a la propia dinámica del contrato, como son las alteraciones del mercado que afecten a los suministros o a los precios tenidos en cuenta como costes de la explotación al formalizar el contrato. En la contratación privada, es frecuente referir estas cláusulas a las variaciones del IPC (aunque últimamente gozan del disfavor jurídico por su efecto inflacionista; cfr. la Ley 2/2015, de desindexación).

En la misma línea, en la contratación pública, han sido reconocidas: i) las *cláusulas de revisión de precios*, si bien sometidas a los estrictos condicionamientos legales impuestos por los arts: 77-79, LCSP'07; y, especialmente, tras la precitada Ley 2/2015, por los arts. 103-105, LCSP'17; y ii) las *cláusulas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato*, como la que ahora nos ocupa.

Estas últimas surgieron en la práctica de la contratación a partir de las doctrinas jurídicas de la *consideration* (propia de la cultura jurídica anglosajona) y de la *base del negocio* (formulada en el ámbito académico escandinavo) por las que se entiende que las condiciones económicas tenidas en cuenta y consideradas por las partes al formalizarlo forman parte de la *causa* contractual (cfr. art. 1261.3 Cc) y deben ser también tenidas en cuenta para adecuar las prestaciones pactadas, cuando tales condiciones sean alteradas por eventos extracontractuales.

Por ello, la jurisprudencia comenzó admitiendo estas cláusulas en la contratación pública, aunque con carácter excepcional (para casos en que la Administración empleó sus prerrogativas de modificación contractual o *ius variandi*) y, así la STS de 25-04-1986 afirma que “*el equilibrio financiero en cualquier concesión es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura. La concesión entraña, por su propia naturaleza, la asunción normal de los riesgos por parte del concesionario, pero el ejercicio del ius variandi comporta indemnizar al contratista tanto por el daño emergente como por el lucro cesante*”.

3/ Nuestra vigente legislación sobre contratos del Sector público ha admitido estas cláusulas y ha regulado el *mantenimiento del equilibrio económico del contrato*, especialmente en los contratos de *concesión de obras públicas* (arts 241, LCSP'07; y 270

LCSP'17) y de *concesión de servicios públicos* (arts: 258, LCSP'07; y 290 LCSP'17). Estos preceptos son imperativos y tienen un contenido similar, del cual se extraen los siguientes condicionamientos legales para la admisibilidad de este tipo de cláusulas:

-Que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato puede realizarse mediante las medidas de compensación “*que en cada caso procedan*” (lo que no excluye la compensación económica directa -AREC- que se ha previsto en el contrato que nos ocupa), aunque la legislación sólo cita expresamente: i) la modificación de las *tarifas*; ii) la modificación del *plazo* concesional (siempre que no exceda del 15% de su duración inicial); iii) la modificación de las *cantidades* que deba abonar la Administración concedente; y iv) la modificación de cualquier cláusula de tipo *económico* del contrato (arts. 241 y 258, LCSP'07; y 270.3, 290.2 y 290.5 LCS'17).

-Que dicho restablecimiento del equilibrio contractual procede cuando la Administración concedente ordene unilateralmente una ***modificación del contrato por razones de interés público***, siempre: i) que tal modificación se ajuste los requisitos exigidos para el ejercicio de la potestad de *ius variandi* (regulada en los arts: 202, LCSP'07; y 203 a 207, LPCS'17); y ii) que, obviamente, tenga trascendencia económica en el desarrollo de la concesión (arts. 262, 270.2-a, 270.5, 290.1, 290.3 y 290.4-a LCSP'17).

-Que procede también dicho restablecimiento del equilibrio contractual cuando la Administración concedente realice ***actuaciones de carácter obligatorio*** para el concesionario que determinen, de forma directa, una ruptura sustancial de la economía del contrato, es decir, de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato (arts: 241 y 258, LCSP'07; y 270.2-b, 290.2 y 290.4-b LCSP'17).

-Que también procede el restablecimiento del equilibrio contractual cuando la ruptura sustancial de la economía del contrato se haya producido, sin actuación imprudente del contratista, por causas de ***fuera mayor***, como incendios por electricidad atmosférica, catástrofes naturales y destrozos por violencia bélica o tumultuaria (arts: 241 y 258, LCSP'07; y 239, 270.2 *i.f.* y 290.4, par.2, LCSP'17).

-Que, sin embargo, **no procede** restablecer el equilibrio contractual cuando el desequilibrio económico-financiero del contrato se haya ocasionado por el ***incumplimiento de las previsiones de demanda*** recogidas en los estudios previos que haya podido efectuar la Administración concedente o el concesionario (art. 270.2, par. 3 y 290.4 par.3 LCSP'17). La razón de esta exclusión o prohibición legal es que suplir dicho incumplimiento de previsiones de demanda atenta directamente contra el *principio de riesgo y ventura* del contratista. De ahí que, si bien esta

interdicción legal no estaba explicitada en la legislación contractual aplicable en el momento de adjudicarse el presente contrato (pues dicha explicitación sólo se produjo cuando la misma fue introducida por los citados preceptos de la LCSP'17), sin embargo dicha interdicción podía inferirse de la normativa entonces vigente, la cual imponía el tradicional principio de ejecución de los contratos a *riesgo y ventura* del contratista (art. 199 LCSP'07). Por ello, entendemos: i) que los pagos (AREC) ya efectuados, por la FRS a favor de ACSL, lo han sido “a cuenta” de la liquidación final del contrato; y ii) que, desde la entrada en vigor de la referida LCSP'17, no deben seguir efectuándose más pagos (AREC) en favor de ACSL, ya que milita en contra de los mismos la interpretación auténtica hecha por el legislador sobre el alcance del principio de *riesgo y ventura* en este tipo de cláusulas.

-Que **tampoco procede** restablecer el equilibrio contractual en los casos en que el contratista tiene derecho a *desistir unilateralmente del contrato*, pero *sin indemnización alguna*, por haber devenido dicho contrato *extraordinariamente oneroso* (es decir, por haber experimentado un incremento neto actualizado de los costes en, al menos, el 5% del importe neto de la cifra de negocios de la concesión, por el periodo que reste hasta la conclusión de la misma, deducidos los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar), *por concurrir alguno de los dos siguientes supuestos* que configuraron tradicionalmente la institución del *factum Principis* (es decir, la irrupción en el contrato de decisiones imperativas externas): i) la aprobación, por una Administración distinta a la concedente, de una *disposición general* posterior a la formalización del contrato; y ii) la exigencia al concesionario de cumplir con la obligación, legal o contractual, de incorporar, a las obras o a la explotación, *avances técnicos* que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, según el estado de la técnica, se haya producido después de la formalización del contrato (arts. 270.4 y 290.6 LCSP'17, que han especificado así más detalladamente supuestos antes admitidos por la jurisprudencia o por la legislación contractual en casos de imposibilidad de continuar el contrato por causas externas (cfr. arts. 245 y 262 LCSP'07).

4/ Por todo ello, sobre la concreta *cláusula de restablecimiento del equilibrio económico del contrato* que nos ocupa, podemos concluir:

1/ Que, si bien limita el *principio de riesgo y ventura*, puede ser admitida en aplicación de los arts: 241 y 258, LCSP'07; y 270 y 290, LCSP'17, los cuales: i) aceptan este tipo de cláusulas en los contratos de concesión de obras y servicios públicos; y ii) son de aplicación supletoria (*ex* arts: 6.1, LPR'05; y 4 y 9, LCSP'17) a los contratos de concesión demanial, como el que nos ocupa.

2/ Que el restablecimiento del equilibrio económico mediante la medida consistente en compensaciones económicas directas (AREC), efectuadas por la FRS a favor de

ACSL, puede ser admitida, ya que los preceptos citados (arts: 241 y 258, LCSP'07; y 270 y 290 LCSP'17, aplicados *ex arts*: 6.1, LPR'05; y 4 y 9, LCSP'17), si bien expresamente sólo contemplan otras medidas de restablecimiento económico del contrato (como las modificaciones de tarifas, plazos, aportaciones u otras prestaciones económicas pactadas), sin embargo también admiten “*las medidas de compensación que en cada caso procedan*”, prestando así cobertura genérica a la compensación económica directa (AREC) que se ha previsto en el contrato que nos ocupa.

3/ Que, no obstante, la aplicación concreta de la cláusula que nos ocupa debe también entenderse sujeta a los mismos preceptos imperativos (arts: 241 y 258, LCSP'07; y 270 y 290 LCSP'17, aplicados *ex arts*: 6.1, LPR'05; y 4 y 9, LCSP'17), razón por la que hay que entender que **no procede** restablecer el equilibrio contractual cuando el desequilibrio económico-financiero del contrato se haya ocasionado por el ***incumplimiento de las previsiones de demanda*** recogidas en los estudios previos que haya podido efectuar la Administración concedente o el concesionario (art. 270.2, par. 3 y 290.4 par.3 LCSP'17); que es, precisamente, lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa, en el que las partes han aceptado contractualmente el antes citado cálculo de la demanda media de plazas prevista en la oferta presentada por la empresa adjudicataria (fol. 609). Ahora bien, como quiera que esta interdicción ha sido introducida por la LCSP'17, entendemos (por aplicación del art, 9.3 CE sobre irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos) que no afecta a la validez de los pagos-AREC efectuados en el contrato que nos ocupa antes de la entrada en vigor de dicha LCSP'17, pero impide seguir efectuándolas en lo sucesivo; ya que, como antes hemos señalado, supone una interpretación auténtica hecha por el legislador sobre el alcance que debe darse en esta materia al principio general (aplicable, por supuesto, al contrato que nos ocupa, cfr. art. 199 LCSP'07) de ejecución de los contratos a *riesgo y ventura* del contratista.

4/ Que la prohibición legal señalada en el numeral anterior no sólo impide que la FRS realice ningún pago más a favor de ACSL en concepto de compensación económica (AREC) por incumplimiento de previsiones de demanda; sino que, además, impone que la FRS recupere los pagos efectuados hasta ahora por importe contabilizado de **5.413.420,54 euros** (cfr. AHA 8.2-C.2), lo cual (como luego expondremos con detalle) puede hacerse deduciéndolos de la indemnización que la FRS deba hacer a ACSL en caso del rescate del contrato que ahora se pretende, máxime teniendo en cuenta que, como hemos señalado, en ningún momento han tenido la condición de pagos efectuados *a fondo perdido* ni en concepto de *préstamos participativos*, sino de cantidades pagadas *a cuenta* de la liquidación final del contrato.

## Octavo

### Análisis de los problemas suscitados en el expediente sobre la eventual extinción del contrato por causa de rescate

#### 1. Planteamiento.

A) En el expediente, las partes contractuales, desechada la *continuación* del contrato, han planteado, en diversos momentos, la posibilidad de extinguir el contrato que nos ocupa, por diversas causas, en concreto, las siguientes:

-Resolución *por incumplimiento imputable a la FRS*, al no haber cerrado (esto es, sometido a precio público), en los plazos pactados, el Aparcamiento de la zona Oeste del HSP. Estimamos que esta causa de extinción (que no ha llegado a ser ejercitada por la contratista) ha decaído, en cuanto que, como hemos indicado (cfr. AHA 5.8.D), dicho precio público fue oficialmente establecido y, además, la Administración se ha adelantado al iniciar la extinción por rescate.

-Resolución *por mutuo acuerdo*. Esta causa fue prevista en la modificación contractual de 19-09-2013 (AHA 5.3.C.2) y ocasionó las negociaciones antes detalladas (cfr. AHA.7). Estimamos que esta causa de extinción también ha decaído, en cuanto que las expresadas negociaciones no se plasmaron en acuerdo alguno y, además, la Administración se ha adelantado al iniciar la extinción por rescate.

-Extinción por *rescate*. Es la causa extintiva que ha sido planteada por la Administración y que analizaremos a continuación, a la vista especialmente de las objeciones formuladas al respecto por la empresa.

B) Hemos señalado que la causa extintiva por rescate goza, en este caso, de prioridad porque, si bien otras han sido invocadas en el expediente, el rescate es la única que ha sido ejercitada y ello le confiere prioridad pues, como ha señalado reiteradamente el Consejo de Estado (cfr. sus dictámenes núms. 37.688, 34.387, 54.205, 55.262, 55.563, 55.564, 717/91, 718/91, 719/91, 1656/92, 712/94 o 740/95 y, más recientemente, en sus DD. 1377/2012 y 408/2013), cuando, en un mismo expediente, se invocan diversas causas extintivas, dicha concurrencia debe resolverse aplicando el *criterio de prioridad cronológica*, por el que solo tiene eficacia extintiva la antes se haya manifestado en el tiempo, prescindiendo de las que hubieran podido manifestarse posteriormente, las cuales devienen irrelevantes por su posterioridad cronológica. Hemos mantenido igual doctrina en nuestro dictamen D.20/16, siguiendo también el mismo criterio de otros Altos Órganos Consultivos de las Comunidades Autónomas [como p.e: CC de Canarias, DD. núms. 142, 369, 391 y 516/12; CC de Aragón, D.16 y 98/12; CC de Andalucía DD. núms. 53/12 y 8, 310, 503 y 580/13; CC de Castilla y León, DD. núms. 1561/11, 371 y 412/13; CJC de la Comunidad

Valenciana, DD. núms. 318, 380 y 941/2012, y 72 y 144/13; CC de Castilla-La Mancha, DD. núms. 88/10 y 200/13; CC de la Comunidad de Madrid, DD. núms. 403/13; CJC de la Región de Murcia, DD. núms. 45, 66 y 187, 198 y 261/12 y 62 y 344/13; CC de Galicia DD. 192/11, 402 y 957/12; CC de Extremadura, D. 145/13; CC del Principado de Asturias, DD. núms. 266 y 279/13; y la CJA de Euskadi, D. 175/09]. D.20/16.

## **2. Concepto.**

El rescate es una causa de extinción por rescisión de los contratos administrativos de concesión (sea ésta demanial, de obra pública o de servicio público) que se produce cuando la Administración competente al respecto estima, de forma unilateral, aunque justificada, que, antes de cumplirse el plazo de su vencimiento pactado, concurren razones de interés público o social que exigen concluir el contrato relativo al bien demanial, a la obra pública o al servicio público cuya explotación, construcción o gestión era objeto del contrato, para que sea la propia Administración quien las asuma, previa indemnización al contratista de los daños y perjuicios que ello le suponga y que se cifran en el importe de la inversión efectuada y del beneficio dejado de percibir.

El *rescate* es, por tanto, una potestad jurídico-pública, conferida por las leyes, a la Administración pública, para, previa indemnización, extinguir, por motivos de interés público o social, un contrato (en este caso, de concesión demanial) imperativamente, esto es, con independencia de la voluntad del contratista.

Así pues, la aplicación del rescate se produce (si concurren las circunstancias que lo justifican), por decisión unilateral de la Administración, en los términos y condiciones con los que la ley la configura, esto es, aunque dicha causa de extinción no haya sido prevista y regulada contractualmente por las partes e independientemente de si, en todo o parte, la contradice o consiente el concesionario. De ahí que el art. 92-e LPR'05 establezca que “*se considerará siempre implícita la facultad de rescate de la concesión antes de su vencimiento*”.

## **3. Previsión.**

La extinción del contrato que nos ocupa por causa de rescate está prevista: i) contractualmente en la cl. 22.2 PCA y en el ap. 45 CDTA; ii) legalmente en los arts. 100-d LPAP'03 (que tiene carácter básico, según la DF 2ª LPAP'03) y 87.1-f LPR'05, que regulan específicamente el rescate de las concesiones demaniales (carácter que, como hemos expuesto, tiene la que nos ocupa); y iii) supletoriamente (según los arts. 4 y 9 LCSP'17), por la referida LCSP'17, puesto que el rescate está previsto en sus arts. 294-c (para el contrato de concesión de servicios públicos), 279-c) (para el contrato de concesión de obras públicas) y 319.2 LCSP'17 (para ambos tipos de contratos cuando son efectuados por poderes adjudicadores que no sean Administraciones públicas, como es el caso de la

FRS), puesto que, como hemos repetido: la LCSP'17, según su DT 1ª.1.3, es aplicable a los rescates que se produzcan tras su entrada en vigor; teniendo en cuenta que siguen vigentes, con rango reglamentario, los arts. 109 y 110 RCAP'01, aunque los mismos sólo se refieren al procedimiento a seguir en caso de resolución de contratos.

Ahora bien, como hemos expuesto antes (AHA 2.2.5 y FJ 5.4-B), el contrato que nos ocupa es una concesión demanial, por lo que puede ser extinguida por rescate, no tanto porque dicho rescate esté previsto en documentos contractuales (como la cl. 22.2 PCA y el ap. 45 CDTA), cuanto porque el rescate es una prerrogativa irrenunciable de Derecho público que, esté o no contractualmente prevista, asiste imperativamente a la Administración en las concesiones sobre bienes demaniales, en virtud del art. 100-d LPAP'03 (que es básico según su DF 2ª) y, en el ámbito de la CAR, también por virtud del art. 87.1-f LPR'05.

Por ello, las previsiones que contractualmente hayan podido pactar las partes para el caso de rescate sólo son admisibles cuando se ajusten a las previsiones legales (es decir, cuando sean *secundum legem*); pues, en otro caso (es decir, si son *contra legem*), quedan desplazadas por las correspondientes disposiciones legales, en cuanto que estas no son dispositivas, sino imperativas (de *ius cogens*) y, por tanto, refractarias a los pactos en contrario (cfr. arts. 1255 Cc y 34.1 LCSP'17).

#### **4. Naturaleza.**

**A)** Una primera característica del rescate es su *imperatividad legal* que, en las concesiones demaniales, se justifica como un medio para impedir que dichas concesiones, por su carácter contractual, obstaculicen la finalidad de *interés público* que comporta la *demanialidad* del bien inmueble objeto de las mismas y de cuya gestión o explotación se trata.

**B)** Presenta, así, el rescate (como antes hemos adelantado) un “cierto” o “relativo” carácter *expropiatorio* que explica que los principales efectos de la extinción de la concesión por rescate (al ser éste fruto de una intervención, imperativa, forzosa y unilateral, de la Administración en el contrato, por más que esté prevista en el mismo) sean: i) por un lado, el *recuperatorio* de la *posesión y gestión* del bien demanial por parte de la Administración rescatante (no de la *propiedad*, ya que, al ser demanial, es inalienable y, por eso, el rescate no es exactamente una expropiación); y ii) por otro, el *indemnizatorio*, en favor del concesionario.

Este “cierto” o “relativo” carácter expropiatorio del rescate, ha sido destacado por el Consejo de Estado en sus dictámenes de 04-06-1992, 04-07-1985, 23-12-1980, en los que recuerda que la primera regulación del justiprecio por rescate de concesiones demaniales aún figura en el art. 41 LEF, precepto éste que se refiere al rescate de concesiones

demaniales perpetuas, para, con una finalidad semejante a la redención de los censos perpetuos (cfr. art. 1651 Cc), evitar, mediante la potestad expropiatoria, que puedan subsistir concesiones demaniales de duración indefinida o por plazo superior al máximo de 99 años señalado por el art. 55 de la venerable LOP de 1870.

El “cierto” o “relativo” carácter expropiatorio que tiene el rescate deriva igualmente de la forzosidad e imperatividad que presenta, así como del preceptivo y previo pago de la indemnización que comporta y que recuerda al *justiprecio* de las expropiaciones. Es por ello, que los precitados dictámenes del Consejo de Estado han considerado al rescate incluido en la garantía constitucional que a la indemnización del concesionario brinda el art. 33.3 CE.

C) Al proceder de una potestad administrativa general (la expropiatoria) y que se ejercita como demanial por razones de *imperium* ajenas al contrato, el rescate tiene también un carácter *extracontractual*, pues lo ejercita la Administración, no tanto como contratante, cuanto como encargada de preservar la finalidad de interés público a que está afecto el bien demanial objeto de la concesión.

Debido a esa peculiar naturaleza jurídica, la *indemnización* por causa de rescate no se dirige a instrumentar una mutua devolución de las prestaciones intercambiadas por las partes durante el desarrollo del contrato (que es el efecto propio de la extinción contractual por causas de *nulidad* o de *resolución* imputables a los contratantes, cfr. Arts. 1123, 1124, 1295 y 1303 Cc), sino sólo a *valorar* y *resarcir* el *daño emergente* y el *lucro cesante* que la decisión administrativa de rescate irroga al concesionario en sus intereses patrimoniales legítimos, lo cual, como luego veremos, determina y limita las partidas y cuantías que deben ser incluidas y excluidas al calcular la cuantía indemnizable.

Esta peculiaridad indemnizatoria sitúa a la indemnización debida por del rescate en una posición intermedia entre el *justiprecio* por expropiación forzosa y el *resarcimiento* por responsabilidad patrimonial de la Administración, razón por la que doctrinalmente la institución del rescate podría ser reputada (como habría intuido el legislador en 1954 al regular en el mismo texto legal -la LEF- la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial) un caso de *indemnización de Derecho público* por *expropiación virtual o material*, o por *resarcimiento extracontractual* de daños y perjuicios.

D) El rescate, sin embargo, opera sobre un contrato (de concesión) pero no determinando su *nulidad* (porque el contrato era válido) ni su *resolución* (pues no ha existido un previo incumplimiento del contrato), sino su *rescisión* (por una causa ajena al contrato, como es preservar el interés público a que está afecto el bien demanial, la obra pública o el servicio público que es objeto de la concesión). Tiene, pues, el rescate también un carácter *rescisorio*.

En efecto, el rescate extingue el contrato como *causa de rescisión* del mismo, por motivos de interés público; pues, mientras la *invalidéz* por nulidad o anulabilidad del contrato se produce por causa de una infracción legal previa; y la *resolución* se produce como consecuencia de un incumplimiento contractual previo; sin embargo el rescate se plantea como efecto del ejercicio por la Administración de una potestad extracontractual de *imperium* que es materialmente expropiatoria y cuya finalidad es preservar el interés público, esto es, como efecto de una causa *exterior* al contrato pero que incide extintivamente en él, que es precisamente lo propio de la *rescisión*.

Así sucede, por ejemplo, en la rescisión por indefensión o fraude de acreedores (cfr. arts. 1.291 a 1.299 Cc) y en la rescisión por lesión de particiones hereditarias (art. 1.074 Cc) o de contratos en los regímenes civiles forales o especiales que (como los de Navarra y Cataluña) la admiten, pues el fraude o la lesión no derivan del contrato en sí, sino de circunstancias externas que influyen, decisiva y extintivamente, en el mismo. Precisamente, el rescate demanial que nos ocupa tiene bastante relación con la rescisión por lesión, ya que trata de evitar al erario público pagos que, sin el rescate, podrían llegar pronto a superar el importe del canon pagado por el contratista.

Por ello, no es adecuado aplicar analógicamente al rescate, ni al cálculo de la indemnización debida por el mismo, las normas de la invalidéz o la resolución de las concesiones, que no tiene una finalidad de rescisión y resarcimiento, sino de mutua devolución de las prestaciones y contraprestaciones que se han efectuado mutuamente las partes (cfr. arts. 1124 y 1306 Cc).

**E)** Por otra parte y como bien razona el informe de la DG de los Servicios Jurídicos (fol. 185), el rescate es una forma de terminación *anticipada* de la concesión (antes del plazo pactado para su vencimiento) y que no tiene carácter *sancionador* (pues no deriva de ningún incumplimiento o infracción y sólo pretende garantizar el interés público, de ahí que el art. 245-g LCSP'07 dijera que el rescate procede “*no obstante la buena gestión*” del concesionario); pero que, al ser *forzosa*, implica la previa instrucción de un *procedimiento* para el pago de la pertinente *indemnización* y tiene como efecto la recuperación por la Administración de la posesión y de la gestión del bien, obra o servicio rescatado.

**F)** Esta peculiar naturaleza jurídica que encierra el rescate explica que, al mismo, y, en especial, al cálculo de la indemnización que el mismo conlleva, no puedan aplicarse las normas legales o contractuales propias de la *nulidad* o la *resolución* de contratos, sino que haya que observar estrictamente las *especialidades* de cálculo indemnizatorio que establece la normativa en caso aplicable, esto es, en el presente caso, la normativa demanial (y la contractual, en cuanto no se oponga a ella); puesto que dichas especialidades están inspiradas en las propias de la potestad expropiatoria que el rescate materialmente encierra y en el resarcimiento por responsabilidad patrimonial de la Administración que el rescate materialmente produce; aunque, en sí, el rescate no haya sido configurado legislativamente

ni como una expropiación forzosa (salvo el caso, excepcional y pretérito, de las concesiones perpetuas al que se refiere el art. 41 LEF) ni como un supuesto de resarcimiento por responsabilidad patrimonial de la Administración, sino como una causa especial de rescisión contractual de las concesiones por motivos de interés público; razones todas ellas que conducen a una interpretación estricta de las reglas sobre el cálculo indemnizatorio procedente en caso de rescate.

#### **4. Procedimiento.**

##### **A) Normativa.**

La regulación del procedimiento administrativo aplicable a la extinción concesional por causa de rescate resulta de diversos preceptos: i) algunos de ellos se contienen en la legislación patrimonial pública sobre el rescate de concesiones demaniales directamente aplicable (LPAP'03 y LPR'05); ii) otros están recogidos en la legislación administrativa sobre el rescate de las concesiones de obra y servicio público, supletoriamente aplicable a las demaniales (*ex arts*: 6.1, LPR'05; 4, 9 y DT 1<sup>a</sup>.1.3, LCSP'17); y iii) finalmente, algunos derivan de la aplicación general de la legislación sobre procedimiento administrativo común (LPAC'15), por referirse a garantías procedimentales que deben ser observadas en todo caso. Seguidamente, exponemos tales trámites para determinar si se han cumplido en el presente caso.

##### **B) Resolución de inicio.**

###### **1/ Competencia.**

La FRS, aunque está incluida en el *Sector público de la CAR* (art. 53.1 Ley 3/2003), queda sujeta al art. 53.3 de la misma Ley 2/2003, a cuyo tenor estas Fundaciones públicas, “*en ningún caso, podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública*”, como lo es, obviamente, la prerrogativa de rescate.

Por ello, la facultad de rescate, al ser jurídico-pública, no compete a la FRS, ni a su *Patronato*, aunque el mismo sea su órgano ordinario de contratación; ni a su *Director Gerente*, aunque, como hemos expuesto, el Patronato le delegó, en este contrato, la cualidad de órgano de contratación.

Por la misma razón, tampoco dicha facultad de rescate compete al *Proteccionado* de la FRS, que ostenta el Gobierno de la CAR, ya que, aun siendo el rescate una facultad de naturaleza jurídico-pública, no se incardina en el ámbito *funcional* de la FRS, ni siquiera en el *fundacional*, regulado por la legislación en materia de fundaciones, en la que encuentra su acomodo la institución del *Proteccionado* gubernamental; sino en el ámbito

*demanial*, regulado por la legislación administrativa sobre demanio público en materia concesional que hemos citado.

Pues bien, centrándonos en dicha legislación administrativa en materia de concesiones demaniales, como quiera que ninguna norma atribuye expresamente la competencia para dictar la Resolución de inicio del procedimiento de rescate, hemos de acudir supletoriamente a lo establecido en el art. 319 LCSP'17 (aplicable al caso ex. su DT 1ª.1.3) relativo a los casos de rescate de concesiones (de obra o servicio público) adjudicadas por *Poderes adjudicadores* que no sean Administraciones públicas, como es el caso de la FRS, precepto que se limita a establecer que, en tales casos, el rescate “*se tendrá que acordar por el órgano de la Administración autonómica al que esté adscrita o corresponda la tutela del poder adjudicador*” de que se trate.

En el presente caso, entendemos que el órgano al que está adscrita la FRS es la Consejería del Gobierno de la CAR competente en materia salud, por los siguientes motivos:

-La FRS no tiene el carácter de *Administración pública*, pero sí el de *poder adjudicador* (arts: 3.3-a y b, LCSP'07; y 3.1.e y 3.3-b, LCSP'17), por lo que le es aplicable analógicamente el precitado art. 319 LCSP'17.

-La FRS está incluida en el *Sector público de la CAR* (art. 53.1 de la Ley 3/2003).

-La FRS está incluida en el *Sistema público de salud de La Rioja* (art. 34.2-c de la Ley 2/2002), el cual está dirigido por la Consejería de salud (*ex art. 7.2.1. del Decreto 24/2015, de 21 de julio*).

-La inclusión en dicho *Sistema público de salud de La Rioja* no implica, por sí mismo, la *adscripción* a la referida Consejería, ya que también están incluidos en el mismo las entidades sanitarias pertenecientes al *Sector privado sanitario* de La Rioja; pero sí la implica para las entidades sanitarias pertenecientes al *Sector público sanitario* de la CAR, como es el caso de la FRS (cfr. art. 34.2-c de la Ley 2/2002).

-En el caso de la FRS, dicha *adscripción* queda corroborada por el hecho de que la referida Consejería: i) dirige el Sistema pública sanitario de La Rioja; ii) dirige el Patronato de la FRS; iii) ha suscrito el CMC de 2002 para instrumentar la colaboración entre la FRS y la CAR en materia sanitaria; y iv) tiene adscrito (*ex art. 2 del cit. Decreto 24/2015*) al SERIS, en el que la DA 3ª de la Ley 7/2011 ha integrado las *Áreas asistenciales* de la FRS.

De todo ello, resulta suficientemente justificada, a juicio de este Consejo, la **competencia** ejercida por la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja para iniciar el procedimiento de rescate por Resolución de 19-12-2018 (fols. 124-126).

## **2/ Fundamento legal.**

En cuanto al **fundamento** legal, dicha Resolución dice ampararse en los arts 190 y 192 LCSP'17, que recogen, entre otras prerrogativas de la Administración, la de resolver los contratos; aunque, en nuestro criterio, es más ajustado a Derecho entender que, al tratarse en este caso del rescate de una concesión demanial, los preceptos aplicables directamente son más bien los arts. 100-d LPAP'03 (que tiene carácter básico, según la DF 2ª LPAP'03) y 87.1-f LPR'05, los cuales regulan específicamente el rescate de las concesiones demaniales (carácter que, como hemos expuesto, tiene la que nos ocupa); por lo que la LCSP'17 sólo es aplicable supletoriamente (según los arts 4 y 9 LCSP'17), en sus arts 294-c (sobre rescate del contrato de concesión de servicios públicos), 279-c) LCSP'17 (sobre el rescate del contrato de concesión de obras públicas) y 319.2 LCSP'17 (sobre el rescate en ambos tipos de contratos cuando los mismos han sido efectuados por *Poderes adjudicadores* que no sean Administraciones públicas, como es el caso de la FRS); puesto que, como hemos repetido, la LCSP'17, según su DT 1ª.1.3, es aplicable a los rescates que se produzcan tras su entrada en vigor. En cuanto a los arts 109 y 110 RCAP'01, siguen vigentes, con rango reglamentario, pero sólo son aplicables analógicamente pues sólo regulan el procedimiento de resolución de contratos y no el de extinción de los mismos por rescate.

## **3/ Motivación.**

El art. 87.1-f LPR'05 se limita a exigir para el rescate que la Administración instruya un “*previo expediente en el que se justifiquen las razones de interés público y social que se invoquen*”; mientras que el art. 92-e) LPR'05, tras reiterar que se deben justificar las “*circunstancias sobrevenidas de interés público*”, añade que las mismas serán “*libremente apreciadas por la Administración*”.

Para cumplir todo ello, la Consejería actuante ha realizado las actuaciones previas que hemos detallado en el AHA 8 al que nos remitimos, como son: i) el informe-propuesta (AHA 8.1) del Director Gerente de la FRS en el que se justifica la necesidad de rescate en el reiterado *déficit* de la explotación contractual y en la conveniencia de asumir la gestión directa del Aparcamiento para no seguir teniendo que conservar el equilibrio económico del contrato con aportaciones económicas anuales (AREC) a cargo, en definitiva, del erario público; ii) el informe de cálculo de la indemnización por rescate efectuado por la OCP (detallado en el AHA 8.2) con diversas alternativas, sobre las que volveremos luego; y iii) los informes del Director Gerente de la FRS (AHA 8.3) y de la SGT actuante (AHA 8.4).

En base a todo ello, la Propuesta de resolución de 19-12-2018 se pronuncia en el sentido de iniciar el procedimiento de rescate, partiendo provisionalmente de uno de los importes indemnizatorios (2.503.257,17 euros) sugeridos por la OCP en su precitado informe.

#### **4/ *Recapitulación.***

Todo esto señalado, a nuestro juicio, la Resolución de inicio es ajustada a Derecho en cuanto a su competencia y motivación económica, aunque entendemos que la decisión que, en definitiva, se adopte sobre el rescate debe tener otra fundamentación legal y valoración económica, como luego razonaremos.

#### **C) Audiencia al contratista.**

La audiencia al contratista es un trámite previsto en los precitados arts. 109 y 110 RCAP'01, pero que resulta imprescindible también al procedimiento de rescate, no sólo por virtud del art. 82.2 LPAC'15 que confiere al efecto un plazo de 10 días, sino también por el art 105-c CE que lo configura como un derecho constitucional, cuya inobservancia generaría indefensión y provocaría la nulidad de las actuaciones.

En el presente caso, este trámite se ha cumplido (cfr. fols. 127-128) y la empresa contratista ACSL ha presentado las alegaciones que ha tenido por conveniente (fols. 131-159) y a las que nos hemos referido anteriormente.

#### **D) Propuesta de resolución.**

Aunque no aparece expresamente mencionado en los arts. 109 y 110 RACP'01, el trámite de Propuesta de resolución es necesario para que, en base al mismo, se puedan pronunciar los informes preceptivos (art. 79 LPAC'15).

En el presente caso, la referida Propuesta de resolución ha sido formulada oportunamente por la SGT de la Consejería actuante, con fecha 18-03-2019 (AHA 8.7, fols. 160-171), dando en ella respuesta a cada una de las alegaciones formuladas por la contratista.

Por tanto, en nuestro criterio, este trámite se ha cumplido adecuadamente, si bien entendemos que la decisión que, en definitiva, se adopte sobre el rescate debe tener otra fundamentación legal y valoración económica, como luego razonaremos.

### **E) Informe jurídico.**

El art. 109.1-d RCAP'01, aunque relativo a las resoluciones contractuales y no a los rescates, requiere que se emita un informe por parte del correspondiente Servicio Jurídico, lo que aquí se ha efectuado con fecha 19-03-2019 (AHA 8.8), por lo que el trámite se ha cumplido, si bien entendemos que la decisión que, en definitiva, se adopte sobre el rescate debe tener otra fundamentación legal y valoración económica, como luego razonaremos.

### **F) Auditoría externa.**

Aunque no forma parte del procedimiento de rescate, tiene influencia en los cálculos indemnizatorios la existencia de diversos informes de auditoría que, con periodicidad anual, han sido efectuados, sobre la contabilidad de la empresa contratista, ACSL, por la empresa consultora *E.I.A.S.L.P.*

Este Consejo debe llamar la atención sobre el hecho de que la misma empresa ha sido la encargada, por la IGCAR, de efectuar las auditorías contables de la FRS, que también han tenido relevancia a los expresados efectos.

Aunque tales encargos de la IGCAR se ajustan, sin duda, a la normativa vigente que los regula (DA 2ª LGP, en relación con la NT'07), de la que no se deduce que resulte incompatible auditar simultáneamente a una entidad contratante que pertenezca al Sector público (como es la FRS) y a una empresa privada que sea contratista de la anterior (como es el caso de ACSL), ni que de la misma se derive un perjuicio para el interés público (cfr. fol. 64); parece a este Consejo que, no obstante, constituiría una buena práctica administrativa adoptar las medidas precisas para evitar dicha simultaneidad.

## **6. Procedencia.**

### **A) Planteamiento.**

El ejercicio de la potestad extracontractual y jurídico-pública de rescate requiere, además del requisito formal de la instrucción del previo procedimiento a que acabamos de referirnos, el cumplimiento, como requisito material, de una doble justificación: i) por un lado, la justificación exigida (para el rescate de las concesiones demaniales) por los precitados arts. 87.1-f y 92-e LPR'05, de las razones o circunstancias sobrevenidas de interés público o social que, libremente apreciadas por la Administración actuante, invoque ésta para proceder al rescate; y ii) por otro lado, la justificación exigida por los arts 279-c (para el rescate de concesiones de obras públicas) y 294-c (para el rescate de concesiones de servicios públicos) LCSP'17, de que la gestión directa de la explotación del Aparcamiento del CIBIR por parte de la Administración es más eficaz y eficiente que la concesional.

## **B) El requisito del interés público o social.**

A juicio de este Consejo, la Administración actuante ha acreditado debidamente el interés público que justifica el rescate de la concesión demanial que nos ocupa, en distintos documentos del expediente, en especial en la precitada Propuesta de resolución de 18-03-2018 y en el informe económico de la OCP (AHA 8.2).

En efecto, la Administración ha acreditado que la explotación del Aparcamiento del CIBIR por parte de la empresa concesionaria ACSL ha sido (debido principalmente a la crisis económica general) deficitaria durante todos los años de concesión que han transcurrido hasta ahora, hasta el punto de que la FRS se ha visto obligada contractualmente a compensar económicamente a dicha empresa para mantener el equilibrio económico del contrato y se ha llegado a un punto en el que las referidas aportaciones compensadoras (AREC) han ascendido a un importe contabilizado de **5.413.420,54 euros** (cfr. AHA 8.2-C.2), por lo que amenazan con alcanzar pronto nada menos que al propio importe del canon concesional fijo pagado inicialmente por la concesionaria para una explotación de 40 años y que ascendió a **8.000.000 euros**.

Estas cifras son, de por sí, lo bastante elocuentes (principio *res ipsa alloquitur*) para que, a nuestro juicio, no quepa duda de que la Administración actuante ha apreciado, discrecional pero adecuadamente, las circunstancias sobrevenidas que han provocado el grave desequilibrio económico del contrato y ha justificado, correctamente, el interés público que requiere poner fin a una situación de pagos anuales tan gravosa para el erario público de la CAR sobre el que, en definitiva, gravitan las compensaciones económicas para el restablecimiento económico del contrato (AREC) y, sin las que la explotación no es viable; máxime si, como hemos expuesto, entendemos que no procede seguir efectuando en lo sucesivo el pago de tales AREC, por lo que la FRS corre el riesgo que tener que afrontar otras medidas para restablecer el equilibrio económico del contrato.

## **C) El requisito de la mayor eficacia y eficiencia de una gestión administrativa directa.**

Hemos de comenzar señalando que, así como el requisito del interés público concurrente viene exigido por la legislación patrimonial directamente aplicable a las concesiones demaniales, como la que nos ocupa (arts. 87.1-f y 92-e LPR'05); sin embargo el requisito de justificar que una gestión administrativa directa sea más eficaz y eficiente que la concesional, sólo es exigido por la legislación relativa a las concesiones de obras y servicios públicos, por lo que, en rigor, sólo es supletoriamente exigible en las demaniales.

Esto dicho, los precitados documentos de la Administración actuante justifican esta mayor eficacia y eficiencia en el ahorro que, para el erario público, supondrá no tener que efectuar cada año las compensaciones económicas (AREC) debidas a la empresa para el

restablecimiento económico del contrato y, además, evitará los costes de personal y gestión que ahora realiza la empresa, ya que los mismos serían realizados por personal de la FRS.

El informe de auditoría externa encargado por la IGCAR sobre la FRS (cfr. AHA 9.1.A.4) se limita a observar que el ahorro en costes de personal y gestión no está suficientemente razonado.

A juicio de este Consejo, la evitación de los pagos anuales en concepto de compensaciones para el restablecimiento económico del contrato (AREC) es, de por sí, suficientemente expresiva de la mayor eficacia y eficiencia de una gestión administrativa directa de la explotación del aparcamiento por parte de la FRS; aunque es obvio que ésta última no evitará todos los costes inherentes a una explotación de este tipo, como son, por supuesto, los de gestión y personal, los cuales, como indica el informe de auditoría expresado y asumido por la IGCAR, deberán ser razonados en la decisión final que se adopte sobre el rescate.

## **7. Efectos.**

### **A) Indemnización al concesionario.**

La decisión que, en definitiva, se adopte sobre el rescate tiene el carácter de acto administrativo ejecutivo, cuyo primer efecto es siempre el pago al concesionario de la indemnización en la cuantía que la Administración actuante estime procedente; pago que, sin perjuicio de los recursos que el concesionario pueda interponer, puede, en caso de renuncia del concesionario en aceptarlo, efectuarse mediante consignación (*ex art. 50 LEF*, sobre pago del justiprecio expropiatorio aplicado analógicamente).

Por la problemática suscitada en el expediente sobre el cálculo de esta indemnización, dedicaremos a este efecto el siguiente FJ.

### **B) Recuperación del bien concedido.**

Una vez efectuado el previo pago (en su caso, por consignación) de la indemnización al contratista, el siguiente efecto lógico del rescate es la recuperación, por parte de la Administración actuante, de la posesión del bien demanial concedido que, en caso de renuncia del concesionario en consentirla, puede efectuarse de oficio *ex art. 43.1 LPR'05*.

Por eso, el art. 87.2 LPR'05 prevé que se levante “*acta del hecho del reintegro posesorio y del estado de conservación del bien, que se comunicará a la Consejería competente en materia de hacienda para su reflejo en el Inventario General de bienes y derechos*” de la CAR.

Recuperada la posesión, como quiera que la concesión demanial en favor de la contratista se hizo en virtud de la previa *adscripción* del bien demanial en favor, en este caso, de la FRS, dicha entidad, es decir, la FRS reasume automáticamente la efectividad de dicha adscripción y, por tanto, la gestión administrativa y económica del bien demanial, pudiendo explotarlo directamente o estudiar su nueva concesión demanial mediante contrato, pues, como señala la **cl. 22.2 PCA**, “*la FRS podrá, una vez acordado el rescate del contrato, gestionarlo directamente o celebrar uno nuevo*”, obviamente, como hemos señalado, previo el abono al contratista anterior de la indemnización procedente por el rescate.

## **Noveno**

### **Análisis de los problemas suscitados en el expediente sobre el cálculo de la indemnización por rescate**

#### **1. Planteamiento.**

Uno de los principales problemas que suscita el expediente es la forma de calcular la indemnización que procede abonar, en este caso, a la empresa concesionaria, ACSL, por el rescate que nos ocupa.

#### **2. Normas legales.**

Sobre la indemnización debida por el rescate de concesiones demaniales, existen dos normas con rango legal: i) por un lado, el art. 100-d LPAP'03, que exige que el rescate se produzca “*previa indemnización*”; y ii) por otro, el art. 92-e LPR'05, que añade que “*el concesionario habrá de ser resarcido siempre de los daños que se hayan producido*”.

Ante esta parquedad de la regulación directamente aplicable a las concesiones demaniales, debe acudir, supletoriamente, a lo previsto al respecto en la LCSP'17 para las concesiones de obras y servicios públicos, en los dos siguientes preceptos cuyo contenido es similar:

El primer precepto es el art. 280.3 LCSP'17 (antes art. 247.3 LCSP'07, sobre rescate de concesiones de obras públicas), a cuyo tenor la Administración contratante “*indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen*”, teniendo en cuenta, para calcular la cuantía de dicha indemnización, “*los beneficios futuros que el concesionario dejara de percibir*”, los cuales se cuantificarán:

-Teniendo en cuenta los criterios establecidos en la letra a) del precepto (art. 280.3-a LCSP'17), que son los siguientes: i) si el tiempo de concesión restante fuere inferior al transcurrido, tales beneficios futuros se cuantifican “*en la **media aritmética de los***

*beneficios antes de impuestos obtenidos durante un periodo de tiempo equivalente a los años que restan hasta la terminación de la concesión*”; ii) si el tiempo restante fuese superior al transcurrido, “*se tomará como referencia este último*”, es decir, el periodo de concesión ya transcurrido; y iii) en todo caso, “*la tasa de descuento aplicable será la que resulte del coste de capital medio ponderado correspondiente a las últimas cuentas anuales del concesionario*”.

-Teniendo también en cuenta el criterio establecido en la letra b) del precepto (art. 280.3.-b LCSP’17), a cuyo tenor, se calculará igualmente “*la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregados (a la Administración), considerando su grado de amortización*”.

El segundo precepto, similar al anterior, es el art. 295.4 LCSP’17 (antes art. 264.4 LCSP’07, sobre rescate de concesiones de servicios públicos), a cuyo tenor, la Administración contratante “*indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que el concesionario dejara de percibir*”, añadiendo que éstos últimos serán “*cuantificados conforme a lo establecido en el art. 280.3-a LCSP’17 y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir (a la Administración), habida cuenta de su grado de amortización*”.

### **3. Normas contractuales.**

#### **A) Las cláusulas iniciales.**

Como hemos señalado (AHA 4.2), dos cláusulas contractuales (que podemos denominar *iniciales*, porque fueron asumidas en el momento de firmar el contrato), aluden al rescate y contienen reglas sobre el cálculo de la correspondiente indemnización: i) por un lado, la **cl. 45 CDTA**, a cuyo tenor, entre las “*causas específicas de resolución*” del contrato, se encuentra “*el rescate de la explotación de la obra por la FRS, en los términos establecidos en la cl. 22.2 del presente PCA*”; y ii) por otro lado, la referida **cl. 22.2 PCA**, a cuyo tenor “*la FRS podrá, una vez acordado el rescate del contrato, gestionarlo directamente o celebrar uno nuevo, abonando al contratista el valor patrimonial de la inversión (VPI, esto es, el daño emergente) y el beneficio dejado de percibir (BDP, esto es, el lucro cesante)*”.

Consideramos que estas dos normas contractuales *iniciales* son *secundum legem*, es decir, que deben ser observadas, ya que no contravienen a las legales antes citadas (las cuales, como hemos indicado, tienen carácter imperativo y, por tanto, no toleran pactos en contrario).

## B) La posterior *cláusula-suelo*.

Pero es de reseñar la posterior **inclusión de una *cláusula suelo*** en el contrato, por la que, en la primera modificación del mismo (acordada entre las partes el 19-09-2013 y recogida en el AHA 5.3), se incluyeron: i) de un lado, un pc 5 (fol. 54), por el que, caso de resolución del contrato sin mutuo acuerdo (incluso por rescate u otra causa no imputable al contratista), tendrá ***carácter de mínima*** la cantidad resultante de aplicar los criterios previstos en el pc.4 (fol. 54) para calcular la compensación económica a cargo de FRS y a favor de ACSL en el caso de resolución por mutuo acuerdo; y ii) de otro lado, un pc. 7.2 (fol. 55), por el que lo anterior tendrá vigencia aún después de finalizado el periodo transitorio pactado entre las partes (que concluyó el 30-04-2018).

En suma, estos pactos establecen, mientras dure el contrato, una cuantía indemnizatoria mínima y, por tanto, funcionan como una *cláusula-suelo* en favor de la concesionaria en caso de rescate, por lo que podría objetarse su carácter anulable, en cuanto que su aplicación resultaría lesiva para el interés público de carácter económico de la CAR.

En nuestro criterio, esta cláusula carece de relevancia invalidante del contrato, pues: i) por un lado, es posible que dicha cl. carezca de vigencia y haya que considerarla *caducada*, habida cuenta de que el pc. 6 (fol. 55) de la misma modificación contractual de 19-09-2013 dejó sin efecto todo lo acordado por las partes para el periodo transitorio referido, en el caso de incumplimiento *sustancial* del contrato por parte de una de ellas, habiendo dado la concesionaria tal calificación, no sólo a los retrasos de la FRS en el pago de las compensaciones para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, sino también a la falta de cierre efectivo y sujeción a tarifa de los otros Aparcamientos del HSP; y ii) por otro lado, aunque se concluyera que dicha cl. continúa vigente (ya que la concesionaria, en definitiva, no ha ejercido la acción de resolución contractual por incumplimiento esencial imputable a la FRS), hay que considerar que esta cláusula ha sido *desplazada* por la legislación aplicable, en cuanto que contraría el método imperativamente previsto por dicha legislación para calcular la indemnización en caso de rescate, tratando de aplicar a la misma cálculos previstos para una finalidad y una causa de extinción distinta a la de rescate, cual es fijar la compensación económica a cargo de FRS y a favor de ACSL en el caso de resolución por mutuo acuerdo (lo que significaría aplicar, indebidamente, a la rescisión del contrato por rescate, el régimen previsto para la resolución por incumplimiento sustancial del contrato).

Por consiguiente, entendemos que, si bien esta cláusula no invalida el contrato, sin embargo, la misma **no debe ser tenida en cuenta** para el cálculo de la indemnización por rescate en el presente caso.

#### 4. Postura de la empresa concesionaria.

A) La empresa concesionaria no ha efectuado propuesta alguna para el cálculo de la indemnización que se le debe pagar por rescate de la concesión, ya que, en sus escritos de alegaciones (cfr. AHA 8.6), manifiesta que desea que la ejecución del contrato continúe y se opone a la extinción del mismo por causa de rescate, al entender que no está motivada y que, además, el contrato es privado y no permite la aplicación de una institución extintiva de Derecho público, como es el rescate.

B) No obstante, la FRS, siguiendo la recomendación de la Consultora que ha efectuado su auditoría pública bajo supervisión de la IGCAR (cfr. AHA 8.10.B.3), en aplicación del *principio contable de prudencia financiera* (recogido en el art. 3.4 del Plan de contabilidad para entidades sin fines de lucro, aprobado por Resolución del ICAC de 26-03-2013 y aplicable a la FRS), ha provisionado, en su contabilidad, el riesgo de una eventual reclamación que pudiera interponer la empresa concesionaria contra la decisión administrativa de rescatar.

Dicha provisión contable ha sido hecha por un importe de 9.267.259,12 euros (que es el calculado por la precitada Consultora para ACSL para caso de *continuidad* del contrato al cierre contable del ejercicio 2017), si bien, como enseguida veremos, la IGCAR entiende que debiera provisionarse por 9.959.166,28 euros (que es el importe calculado por la misma Consultora para ACSL para caso de *resolución* del contrato sin acuerdo entre las partes, según detalle del fol. 682).

C) La provisión contable *efectuada* sugiere que la postura de la empresa (cfr. AHA 5.3.C.2) podría inferirse de las propuestas que dicha empresa efectuó durante las negociaciones con vistas a una resolución por mutuo acuerdo del contrato, en cuyo caso la cuantificación de una eventual indemnización por rescate ascendería a 9.267.259,12 euros, resultante de sumar los siguientes conceptos:

-El valor del *canon fijo* pagado al comienzo del contrato y cifrado en 8.000.000 de euros, según el contrato (AHA 5.1.C).

-El valor de las *inversiones de iniciación y reposición* efectuadas, por ACSL, en el Aparcamiento objeto del contrato, cifrado en 331.876,95 euros (fol. 542). Este concepto figura en el Acta de 28-05-2010 (Anexo I del contrato, cfr. AHA 4.5.C, fol. 22); y su expresada cuantificación fue aceptada provisionalmente por la FRS durante las negociaciones para la continuidad del contrato (cfr. burofax de 30-08-2018, fols, 71-75), aunque, como es sabido, dichas negociaciones no terminaron en ningún acuerdo entre las partes.

-El valor del *coste financiero de la inversión* (por los préstamos bancarios recibidos por la empresa para pagar a FRS el canon fijo y las inversiones precitadas), calculado en el 5% anual durante el tiempo transcurrido de explotación contractual se cifra en 3.419.400,84 euros.

-El valor de los *costes de oportunidad y gestión* asumidos por la empresa durante el tiempo de duración del contrato, a razón de 300.000 euros cada año (cfr. AHA 5.3.2C.2) y que se cifran en 2.521.643,84 euros.

**D)** La precaución contable *aconsejada* sugiere que la postura de la empresa (cfr. AHA 5.3.C.2) podría inferirse de lo pactado entre las partes para el caso de una resolución contractual sin mutuo acuerdo, en cuyo caso la cuantificación de una eventual indemnización por rescate ascendería a 9.959.166,28 euros, equivalente al valor de la diferencia (en favor de la empresa) existente entre los beneficios realmente obtenidos por la misma y los esperados según la previsión contractual inicial.

**E)** Ambas precauciones contables suponen que las sumas totales indicadas se han obtenido una vez que, de los distintos sumandos, se ha deducido el importe de las aportaciones compensatorias (AREC) efectuadas a cuenta por la FRS durante el contrato y que, durante las negociaciones finales entre las partes, se cifraron en 4.809.908,81 euros (aunque el más actualizado informe de la OCP las cifra en 5.413.420,54 euros); ya que, si la empresa mantuviera (en contra de lo pactado) que tales aportaciones (AREC) fueron *a fondo perdido* y no “a cuenta”, es decir, compensables al final del contrato, cada una de las cifras que hemos expuesto se incrementaría en el referido importe de tales aportaciones.

## **5. Postura de la Administración actuante.**

La postura de la Administración actuante consiste en, desechando las alegaciones de la empresa, asumir los criterios expuestos en su informe por la OCP (AHA.8.2.5) para, como establece la cl. 22.2 PCA, proponer que se abone al contratista el valor patrimonial de la inversión (VPI) y el beneficio dejado de percibir (BDP), con arreglo a los siguientes cálculos.

### **A) Cálculo del VPI (daño emergente).**

La Propuesta de resolución de 18-03-2019 (AHA 8.7) y el informe de la DG de los Servicios Jurídicos de 03-05-2019 (AHA 8.8) aceptan los cálculos contenidos en el informe de la OCP (AHA.8.2.5) para cuantificar el **VPI** (daño emergente) irrogado a la empresa contratista por causa de rescate en **6.572.076,34 euros**, cantidad que resulta de las siguientes operaciones:

1/ Partir de los 8.000.000 de euros, pagados por ACSL a la FRS, en concepto de inversión por *canon fijo* de la explotación al comienzo del contrato; cifra esta que no es objeto de debate ya que está incluida en el contrato (AHA 5.1.C) y en la contabilidad auditada de ambas partes contractuales.

2/ Añadir los 331.876,95 euros, en concepto de valor de las *inversiones de iniciación y reposición* efectuadas, por ACSL, en el aparcamiento objeto del contrato (fol. 542); cifra ésta que tampoco es objeto de debate ya que: i) procede del Acta de 28-05-2010 (Anexo I del contrato, cfr. AHA 4.5.C, fol. 22); y ii) fue la aceptada por la FRS durante las negociaciones para la continuidad del contrato (cfr. burofax de 30-08-2018, fols. 71-75).

3/ Restar 1.759.800,61 euros, en concepto de *cuotas de amortización* contabilizadas por ACSL según los informes de auditoría externa efectuados a dicha empresa; cifra que también fue aceptada por la FRS durante las negociaciones para la continuidad del contrato (cfr. burofax de 30-08-2018, fols, 71-75).

#### **B) Cálculo del BDP (lucro cesante).**

La Propuesta de resolución de 18-03-2019 (AHA 8.7) y el informe de la DG de los Servicios Jurídicos de 03-05-2019 (AHA 8.8), para cuantificar el BDP, aceptan la tercera de las tres siguientes posibles metodologías propuestas en el informe de la OCP (AHA 8.2.5) para cuantificar el BDP (lucro cesante):

1ª. Seguir los criterios previstos en el contrato para caso de resolución por causa imputable a la Administración, pero no computando como beneficios las aportaciones efectuadas por la FRS a ACSL para restablecer el equilibrio económico del contrato (AREC), en cuyo caso el BDP es cero euros, porque, sin ellas, la empresa solo habría registrado pérdidas.

2ª. Seguir los criterios previstos en el contrato para caso de resolución por causa imputable a la Administración, pero computando como beneficios de la empresa las aportaciones efectuadas por la FRS para restablecer el equilibrio económico del contrato (AREC), en cuyo caso el BDP es 1.413.669,93 euros, cifra que resulta de considerar como beneficio futuro la media del obtenido durante los últimos 5 años (que incluye las citadas aportaciones -AREC- de la FRS) y multiplicarlo por el tiempo que resta de los 40 años de duración contractual, actualizando estas cifras con la tasa prevista en la oferta efectuada en su día por la empresa.

3ª. Seguir los criterios previstos en el art. 280.3 LCSP'17 para el rescate de concesiones de obras, en cuyo caso el BDP es de 1.344.601,37 euros. Esta cifra resulta de aplicar la fórmula matemática prevista en el citado precepto legal, que

reputa que el beneficio futuro debe ser la media del obtenido durante todos los años de duración del contrato, multiplicado por el número de años que quedan hasta su finalización contractual y actualizando todo ello con la aplicación de la tasa que señala el precepto.

## **6. En especial, las posturas sobre el tratamiento de las AREC.**

### **A) Planteamiento.**

En el expediente se plantea, como cuestión esencial, el tratamiento que, para calcular el importe de la indemnización por rescate, deba darse a las AREC, es decir, a las aportaciones efectuadas, por FRS a ACLS, para el restablecimiento económico del contrato entre los años 2011 y 2017.

### **B) Criterio de la concesionaria.**

Como hemos expuesto, ACSL no se manifestó expresamente sobre este aspecto en sus alegaciones sobre la propuesta de rescate, por lo que, salvo que, sin base contractual alguna, mantuviera que las AREC se efectuaron *a fondo perdido*, puede presumirse que su postura al respecto será la misma que ha mantenido durante la ejecución del contrato, al pactar expresamente que las AREC tenían carácter de pagos *a cuenta* y, en coherencia con ello, al sostener, en sus propuestas de resolución contractual, con o sin mutuo acuerdo, que tales AREC debían ser deducidas para fijar la indemnización finalmente procedente.

### **C) Criterio de la OCP.**

El precitado informe de la OCP (como hemos expuesto con detalle en el AHA.8.2.5) sostiene que, de la cantidad que resulte de sumar, al importe del VPI, el del BDP (en cualquiera de las tres metodologías que propone), debe, en todo caso, **restarse** el importe de **5.413.420,54 euros**, correspondiente al conjunto de las AREC efectuadas, por la FRS a la empresa ACSL durante todos los ejercicios en que la explotación del aparcamiento del CIBIR ha presentado pérdidas, los cuales, hasta ahora, han sido todos los transcurridos desde el inicio de la ejecución del contrato.

### **D) Criterio de la IGCAR.**

El informe de la IGCAR de 25-06-2019 (AHA 8.9-C, fols, 639-641), apoyándose en la auditoría externa de 2018, practicada a su instancia en la FRS (AHA 8.9.B, fols. 642-689), discrepa de la OCP, en los siguientes aspectos:

1/ En que, para calcular el importe del rescate, haya que descontar, del VPI (es decir, básicamente del importe del *canon fijo* pagado por ACSL), las AREC, ya que, en

opinión de la IGCAR, tales AREC sólo pretendían restablecer el equilibrio económico del contrato y no ser computadas como si fueran *cuotas de amortización* de la inversión (es decir, básicamente, de dicho *canon fijo*), máxime si, como justificación de la futura gestión directa del Aparcamiento, se aduce el ahorro que supondría el no tener que pagar dichas *cuotas*.

2/ En que ese criterio (erróneo, a juicio de la IGCAR) es el mismo que condujo a la FRS a cometer un (a juicio de la IGCAR) error contable (luego corregido) consistente en cargar, en la *cuenta núm 181*, destinada a los “anticipos recibidos por prestaciones de servicios” (en la que se incluyó correctamente el canon fijo, de 8.000.000 euros, pagado en su día por ACSL), las aportaciones (AREC) que, para reequilibrar económicamente el contrato, se fueron haciendo anualmente a ACSL entre 2011 y 2017 (por un total de 4.809.908,81 euros); esto es, como si fuesen *cuotas de amortización* (devolución paulatina) del pago inicial hecho por ACSL; cuando lo correcto (a juicio de la IGCAR) era cargarlas, como *pérdidas* de cada ejercicio, en la *cuenta de resultados*, ya que, para la FRS, eran gastos destinados a cubrir *déficits* de la explotación; como así se ha hecho (por indicación de la IGCAR), mediante una rectificación contable, a partir del ejercicio 2018.

3/ En que la FRS, en aplicación del *principio contable de precaución* y siguiendo también indicaciones de la IGCAR, ha incluido en su activo contable una *provisión* para hacer frente a posibles reclamaciones de ACSL; pero lo ha hecho por importe de 9.267.259,12 euros (que es el calculado, por la auditoría de ACSL, para el caso de *continuidad* del contrato al cierre contable del ejercicio 2017), por lo que una eventual reclamación, de ACSL contra FRS, por un importe total de 9.959.166,28 euros (que es el calculado por la misma auditoría para el caso de *resolución* del contrato, según detalle del fol. 682), descuadraría, en 691.807,16 euros, la referida situación contable de la FRS; por lo que, sin prejuzgar la cuestión de fondo, tal incertidumbre pesa sobre la misma (fols. 647 y 682) e implica, en ambos casos, no deducir las AREC.

#### **E) Consecuencias contables.**

1/ En la **contabilidad de la empresa concesionaria (ACSL)**, lo expuesto anteriormente se ha traducido en las siguientes actuaciones: i) ACSL ha contabilizado, en el *pasivo* de su propia contabilidad, tanto lo invertido en pagar a FRS el *canon fijo* de 8.000.000 euros, como lo destinado a efectuar otras *inversiones* que ha debido hacer para la *puesta en marcha* y el *mantenimiento* posterior del Aparcamiento del CIBIR: ii) ACSL ha ido cargando, anualmente, en los asientos que reflejaban tales inversiones, las correspondientes *cuotas de amortización* (en cumplimiento de la obligación contable que le incumbe de ir amortizando las inversiones efectuadas por referencia al plazo máximo de duración del contrato); y iii) ACSL ha contabilizado, en la *cuenta de resultados*, como

*ganancias* (en la cuenta “otros ingresos de explotación”), las cantidades recibidas anualmente de la FRS en concepto de aportaciones para reequilibrar económicamente el contrato (AREC).

Sin embargo (en criterio de la OCP), lo correcto hubiera sido contabilizar dichas aportaciones de la FRS en el *pasivo*, en una *cuenta de deuda* (que, habida cuenta la libertad de denominación de cuentas permitida por el PGC, podría, p.e, denominarse “por anticipos hechos a cuenta y pendientes de regularización”), ya que eran pagos “a cuenta” exigibles por FRS al finalizar el contrato, que es cuando la cantidad que finalmente pagase la FRS debería ser anotada por ACSL en su propia cuenta de resultados como *ganancia*.

Esto (podemos añadir por nuestra parte) hubiera tenido la ventaja tributaria, para la empresa concesionaria, de haber podido presentar sus *pérdidas* como “créditos fiscales” (es decir, como sumas negativas compensables en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, las cuales hubieran podido, entonces, ser contabilizadas como activos por impuestos diferidos, los cuales serían dados de baja una vez aplicados, a la base imponible del citado impuesto, en el ejercicio siguiente); una ventaja tributaria que ACSL perdió al contabilizarlas como *ganancias* y presentarse tributariamente no como una empresa con pérdidas, sino con beneficios.

Esto explica (podemos seguir añadiendo por nuestra parte) que, en la tercera modificación contractual (de 08-06-2016, cfr. AHA 5.7), ACSL lograra que la FRS incluyera, en el cálculo de las AREC, “*el importe del impuesto sobre beneficios calculado en la cuenta de pérdidas y ganancias auditada*”, con lo que, si bien ACSL no recuperaba sus pérdidas como “crédito fiscal”, sin embargo obtenía de la FRS el importe de dicho “crédito” embebido en las sucesivas AREC (por más que la FRC propusiera limitarlo a un ejercicio económico, cfr. AHA 6.2.B.2).

2/ En la **contabilidad de la FRS**, lo expuesto anteriormente se ha traducido en las siguientes actuaciones: i) la FRS comenzó (correctamente, según el informe de la IGCAR) asentando, en el *activo* de su propia contabilidad, y en concreto en la *cuenta núm 181* (destinada a los “anticipos recibidos por prestaciones de servicios”), el canon fijo, de 8.000.000 euros, pagado en su día por ACSL; ii) la FRS procedió luego (entre los ejercicios 2011 y 2017, ambos inclusive) a cargar, en dicha *cuenta núm. 181*, las AREC que dicha FRS fue haciendo a ACSL (por un total de 4.809.908,81 euros); lo cual es incorrecto (a juicio de la IGCAR) pues, al proceder así, la FRS estaba considerando contablemente a tales AREC como si fuesen *cuotas de amortización* (devoluciones paulatinas efectuadas por ACSL, calculadas sobre la base de una duración de 40 años del contrato es decir, a razón de 200.000 euros al año, equivalente a 8.000.000, dividido entre 40) del pago inicial hecho por ACSL, cuando lo correcto (según la IGCAR) era contabilizarlas en la cuenta de resultados; iii) la FRS rectificó (a partir del ejercicio 2018) y (siguiendo el criterio de la IGCAR y de su propia Auditoría) comenzó a cargar dichas

aportaciones, en la referida *cuenta de resultados*, como *pérdidas* (concretamente en una cuenta denominada “otros gastos de explotación”) de cada ejercicio, ya que (según el criterio de la IGCAR) trataban de cubrir *déficits* de la explotación; aunque (en criterio de la OCP), lo correcto hubiera sido contabilizarlas en el *activo*, en una *cuenta de crédito* (la OCP sugiere que podría ser una cuenta del *Grupo 4*, que podría denominarse “de anticipos a cuenta de regularización”), ya que eran meros anticipos que debían ser liquidados al terminar el contrato, momento en el cual el pago final que correspondiese efectuar a ACSL se podría contabilizar, en la cuenta de resultados, como *pérdida*.

## **7. Criterio de este Consejo Consultivo.**

Expuestos los distintos criterios de las partes intervinientes en el procedimiento sobre la forma de calcular la indemnización por rescate, así como sobre el tratamiento, incluso contable, que, a tal efecto, haya de darse a las AREC, el criterio de este Consejo sobre todo ello es el siguiente:

### **A) Sobre el cálculo del VPI (daño emergente).**

1/ Que son ajustados a Derecho los cálculos contenidos en el informe de la OCP (AHA.8.2.5) para cuantificar el VPI (daño emergente) irrogado a la empresa contratista por causa de rescate en **6.572.076,34 euros**, cantidad que resulta de las siguientes operaciones: i) partir de los 8.000.000 de euros, pagados por ACSL a la FRS, en concepto de inversión por *canon fijo* de la explotación al comienzo del contrato; ya que esta cifra no es objeto de debate y está incluida en el contrato (AHA 5.1.C) y en la la contabilidad auditada de ambas partes contractuales; ii) añadir los 331.876,95 euros, en concepto de valor de las *inversiones de iniciación y reposición* efectuadas, por ACSL, en el aparcamiento objeto del contrato (fol. 542); ya que esta cifra tampoco es objeto de debate pues procede del Acta de 28-05-2010 (Anexo I del contrato, cfr. AHA 4.5.C, fol. 22) y ha sido aceptada por la FRS durante las negociaciones para la continuidad del contrato (cfr. burofax de 30-08-2018, fols, 71-75); y iii) restar 1.759.800,61 euros, en concepto de *cuotas de amortización* contabilizadas por ACSL según los informes de auditoría externa efectuados a dicha empresa; ya que esta cifra también fue aceptada por la FRS durante las negociaciones para la continuidad del contrato (cfr. burofax de 30-08-2018, fols, 71-75).

2/ Que no es jurídicamente admisible la pretensión, mantenida en algún momento negocial por la de la empresa concesionaria, de incluir, en el cálculo del VPI, el *coste financiero de la inversión* (por los intereses de un préstamo bancario recibido por la empresa para pagar a FRS el canon fijo y las inversiones precitadas), calculado en el 5% anual durante el tiempo transcurrido de explotación contractual y que la empresa llegó a cifrar en 3.419.400,84 euros; ya que el principio general de

*riesgo y ventura* que debe presidir toda contratación exige que sea el contratista quien: i) antes de efectuar la inversión contractual, analice los medios con los cuales la financiará; y ii) una vez adoptada la decisión correspondiente (sea esta la de financiar dicha inversión con sus propios medios, sea la financiarla mediante aportaciones o préstamos externos), debe asumir y soportar íntegramente el coste de la misma, sin que sea admisible jurídicamente la pretensión de trasladarlo sobre la otra parte contratante, máxime cuando, como sucede en este caso, los intereses del préstamo bancario aducido por la concesionaria (5%) son notoriamente superiores a los que el mercado financiero ha mantenido durante estos años de crisis económica, razón por la que una de las propuestas de la FRS durante la negociación fue, precisamente, que la concesionaria intentase rebajarlos (cfr. AHA 6.2.B).

3/ Que tampoco es jurídicamente admisible la pretensión, mantenida en algún momento negocial por la empresa concesionaria, de incluir, en el cálculo del VPI, el valor de los *costes de oportunidad y gestión* asumidos por la empresa durante el tiempo de duración del contrato, a razón de 300.000 euros cada año (cfr. AHA 5.3.2C.2) y que la empresa ha llegado a cifrar en 2.521.643,84 euros; ya que, siendo *coste de oportunidad* el que asume un empresario cuando realiza una inversión en vez de otra que podría haber sido más rentable; y *coste de gestión* el que se deriva del ejercicio de las funciones de administración que requiere el negocio emprendido; es claro que ambos conceptos han sido acuñados por la teoría económica para ilustrar (*a priori*) al empresario a la hora de emprender una inversión, de suerte que pueda optar por la alternativa que le sea más conveniente, o para hacerle reflexionar (*a posteriori*) sobre si debe mantener o reducir el coste de la explotación o desistir de la misma y optar por otra alternativa más rentable; pero, una vez tomada la decisión inversora, tales costes han de ser asumidos por el empresario en virtud del reiterado principio general de *riesgo y ventura* y no cabe trasladarlos a la otra parte contratante.

## **B) Sobre el cálculo del BDP (lucro cesante).**

1/Que no procede, en rigor, seguir ninguna de las tres metodologías propuestas por la OCP, porque: i) las dos primeras están previstas para la resolución contractual por causa imputable a la Administración, por lo que no cabe una aplicación analógica de las mismas a la extinción por causa de rescate pues, como se ha expuesto, éste no consistente en una causa de extinción calificable de resolución contractual por incumplimiento imputable a la Administración, sino en una causa de extinción calificable de rescisión contractual provocada por una decisión adoptada por la Administración, extracontractualmente, por motivos de interés público; y ii) la tercera, si bien es supletoriamente aplicable al rescate de las concesiones demaniales (*ex arts 4 y 9 LCSP'17*), sin embargo no es aplicable precisamente al caso que ahora nos ocupa, ya que el art. 280.3 LCSP'17, que consagra esta metodología, parte de

un supuesto de hecho que no concurre en el presente caso, cual es el de que haya habido *beneficios* en los ejercicios anteriores que sirvan de base para, mediante una fórmula matemática, calcular los *esperados*; cuando, en el caso que es objeto de este dictamen, tales beneficios anteriores no han existido, como seguidamente se expone.

2/ Que, en el caso que nos ocupa, el BDP debe ser cifrado en “*cero*” euros, es decir, procede, a nuestro juicio, entender que ha sido inexistente, ya que, al haber experimentado la empresa ACSL pérdidas en todos los ejercicios transcurridos desde el comienzo del contrato y haber tenido que ser compensados estos *déficits* anuales mediante aportaciones económicas efectuadas por la FRS para restablecer el equilibrio económico del contrato (AREC), no han existido, en rigor, “*beneficios pasados*” sobre cuya base puedan ser calculados (en su caso, por la fórmula contemplada en el art. 280.3 LCSP’17) los eventuales “*beneficios futuros*”, ya que la inexistencia de los *pasados* arguye en contra de la existencia de los *futuros*.

3/ Que, por tanto, en aplicación de las precitadas cl. 45 CDTA y 22.2 PCA y de los arts 100-d LPAP’03 y art. 92-e LPR’05, que, además, por los motivos antes expuestos, desplazan y hacen inaplicable al caso la precitada *cláusula-suelo*, procede concluir que el BDP, en el caso que nos ocupa, es *inexistente* y, por tanto, debe ser cifrado, a efectos del cálculo de la indemnización debida por la FRS a la empresa ACSL en concepto de rescate, en la cantidad de **cero euros**.

### **C) Sobre el tratamiento de las AREC.**

1/ Que, en el cálculo de la indemnización debida por el rescate, debe **restarse** el importe (cifrado por la OCP en **5.413.420,54 euros**), correspondiente al conjunto de las AREC efectuadas por la FRS a ACSL durante todos los ejercicios en que la explotación del aparcamiento del CIBIR ha presentado pérdidas.

2/ Que dicha resta debe efectuarse en todo caso y cualquiera que sea el criterio de auditoría adecuado para contabilizar tales compensaciones (AREC). Y ello por las siguientes razones:

1<sup>a</sup>. Una primera razón es que (como expusimos en el FJ 7.3.D.4) la naturaleza jurídica de las AREC no es la de *pagos a fondo perdido* (es decir, no reembolsables a la FRS) ni la de *préstamos participativos* (es decir, que, caso de concurso de ACSL, la FRS podría exigir desde una posición intermedia entre la de acreedor y socio, cfr. art. 268-b LCSP’17), sino la que **pagos a cuenta** del resultado final de la concesión; lo cual significa que, al ser el rescate causa de extinción de la concesión, para calcular la indemnización que deba pagarse al contratista, hay que traer a colación las compensaciones (que podrían ser mutuas) que, para reequilibrar económicamente el contrato, cada año las partes

contratantes se hubieren recíprocamente hecho a lo largo de la duración de la concesión (prevista en 40 años, hasta 30-04-2018).

Este carácter de las AREC como *pagos a cuenta* del resultado final de la concesión fue pactado expresamente por las partes contratantes en las Actas de 27-01-2012 (AHA 5.2-B, fol. 720) y 13-03-2013 (AHA 5.2-F, fol. 721) y, definitivamente, en la modificación contractual de 19-09-2013, ratificada en la de 08-06-2016 (AHA 7.3, pc.1-C y 1-D, fols. 52-53 y 56-57); y ese mismo carácter es el que explica que (como pactos para después del periodo transitorio acordado), se previera su devolución, por ACSL a FRS, en los casos de continuidad (pc. 1-C, fol. 53) o resolución (pc. 1-C y 1-D, fols. 52 y 53) del contrato.

2ª. Una segunda razón es que la indemnización por rescate trata de resarcir al contratista del *daño emergente* (cifrado en el VPI) y el *lucro cesante* (cifrado en el BDP) que el rescate le irroga, pero no de generarle un *enriquecimiento injusto* como existiría si dicho contratista se apropiase *definitivamente* de estas AREC, como ganancias definitivas, cuando la finalidad de las mismas era sólo evitarle *provisionalmente* pérdidas. En otras palabras: estas AREC han generado un daño cesante (*damnum cesans*) que, para el contratista (en cuanto le han ahorrado el gasto de afrontar anualmente las pérdidas), le supone un lucro emergente (*lucrum emergens*) provisional; el cual, para no convertirse definitivamente en un inadmisibles *enriquecimiento injusto* a su favor, debe ser considerado (como efectivamente así lo han pactado las partes) como *provisional* (“a cuenta”), lo que significa que no puede consolidarse como *definitivo*, sino que debe ser traído a colación al calcular la indemnización por rescate, en aplicación del principio general de la *compensatio lucri cum damno*.

Este principio (ya formulado por Pomponio en *Digesto* 3.5.11) implica que, para cuantificar el resarcimiento debido, ha de descontarse, del valor del daño irrogado, el del lucro percibido, siempre que ambos estén conectados en la misma relación jurídica, para así obtener una determinación exacta del monto del daño, en cumplimiento del principio, también general, de la reparación íntegra de dicho daño (cfr. arts. 1106 Cc y 280.3 LCSP’17).

La jurisprudencia ha admitido la *compensatio lucri cum damno* como una aplicación específica del principio general de interdicción del *enriquecimiento injusto*, por el que el perjudicado no puede recibir más que el equivalente al daño sufrido; de suerte que, “*caso de haber percibido alguna ventaja, ésta ha de tenerse en cuenta a la hora de cuantificar el resarcimiento, siempre que exista alguna relación entre el daño producido y la ventaja obtenida*”, como sucede en este caso (STS 1ª de 15-12-1981, cuya doctrina es asumida también en las SSTs,

4ª, de 13-03-2014 y 17-07-2007; y en las SSTS, 3ª, 22-05-2000, 13-02-2002 y 04-02-2009).

Repárese en que no decimos que el ingreso de las AREC en el patrimonio de ACSL en cada uno de los ejercicios en que se ha producido haya sido un enriquecimiento injusto (en el sentido de *carente de causa*), ya que tenía su causa en la relación contractual de las preveías; lo que decimos es que tales AREC han sido *provisionales* (en el sentido de que su *causa* está matizada por su carácter contractual como pagos “*a cuenta*”, que es una modalidad del género de las aportaciones con vistas al futuro o *dationes ob causam futuram*) y lo que constituiría un enriquecimiento injusto, que debe ser evitado, sería que se consolidasen en su patrimonio como *definitivas*.

Como la consecuencia jurídica de todo caso de enriquecimiento injustificado es la devolución (*condictio*) de la cuantía correspondiente, procede, en este caso, efectuarla, al liquidar el contrato por rescate, mediante una deducción de lo que corresponde indemnizar al contratista (técnica denominada del *tantum minus adducendo*, porque consiste en minorar la cuantía indemnizatoria debida al contratista en la medida de lo anticipadamente aportado por la otra parte, en este caso por la FRS).

3ª. Una tercera razón es que la deducción de estas compensaciones (AREC) *no se efectúa sobre el VPI* (porque, como señala la IGCAR, dicho VPI es el valor contable de la inversión que hizo la empresa, el cual no disminuyó por el hecho de que la FRS le haya ido pagando las AREC) *ni tampoco sobre el BDP* (porque, como señala la IGCAR, las cantidades que, como las AREC, ya han sido pagadas por la FRS en el *pasado* no pueden formar parte de los beneficios *futuros*), sino que *se efectúa sobre la suma de la indemnización que, sin esta deducción, habría que pagar al contratista*.

En otras palabras, esta deducción no se efectúa sobre los sumandos sino sobre el resultado sumatorio, ya que, con ella, no se trata de evaluar lo que ha de pagarse al contratista como indemnización de rescate por lo que el mismo ha invertido en el pasado (VPI) o dejado de ganar en el futuro (BDP), sino de evaluar lo que dicho contratista debe devolver a quien se lo entregó “*a cuenta*”, esto es, *provisionalmente*, y traerlo a colación en la liquidación final del contrato (producida, en este caso, por rescate) para evitar que dicha entrega se consolide como *definitiva* y haya que exigir su devolución (*condictio*) por haber perdido la causa *provisional* que contractualmente la justificaba.

No es, por tanto, que esta deducción se opere en el seno del cálculo de la indemnización debida por el rescate, sino en el de la extinción y consiguiente

liquidación contractual que el rescate provoca (pero que hubiera también provocado cualquier otra causa de extinción contractual) y, por tanto, como parte de la fase de pago de la misma, en la que esta operación aparece embebida.

#### **D) Sobre la contabilidad.**

1/ Que, con carácter previo, procede efectuar las siguientes consideraciones generales:

1ª. Que las normas contables tratan únicamente de que los balances y cuentas de resultados presenten una *imagen fiel* de la situación económico-financiera y de la *solvencia* de las empresas, de suerte que la contabilidad de las mismas esté correctamente confeccionada con arreglo a criterios contables generalmente admitidos y que los *riesgos*, si los hubiere, estén adecuadamente provisionados según un criterio de prudencia financiera, todo ello para que tengan una información clara no sólo los administradores, socios, partícipes y acreedores, sino también quienes deban fiscalizar, censurar, auditar y aprobar las cuentas correspondientes (cfr. art. 1 PGC).

2ª. Que, por tanto, pueden existir *discrepancias* entre los administradores o cuentadantes y los auditores o fiscalizadores de las cuentas, que se plasmen en las oportunas notas, observaciones o reparos dirigidos por estos últimos a quienes deban aprobar o valorar la situación patrimonial, económica o financiera de la entidad correspondiente, pero que no determinan la calificación o interpretación jurídica que merezcan las actuaciones contabilizadas (cfr. art. 1 PGC).

3ª. Que eso es así porque las normas contables y las cuentas regidas por las mismas son *neutrales* respecto a la calificación jurídica que merezcan los actos y negocios con arreglo al Derecho sustantivo, público o privado, que los regule, pues como señala el art. 1.3 PGC, “*en la contabilización de las operaciones, se atenderá a su realidad económica y no sólo a su forma jurídica*”.

2/ Que, dicho lo anterior, procede, sobre la contabilización de las AREC, efectuar las siguientes consideraciones particulares:

1ª. Que la necesaria deducción de las AREC antes referida **opera por motivos jurídico-materiales, no contables**, es decir, con independencia de la forma correcta de contabilización que, según la normativa presupuestaria, contable o de auditoría y fiscalización del gasto y de las cuentas públicas o privadas, hubiera procedido o proceda adoptar para consignar en la contabilidad, tanto de la FRS como de la empresa ACSL, los pagos que fueron efectuándose y recibándose en

concepto AREC, así como el pago que, con la expresada deducción, proceda efectuar y ser recibido en concepto de indemnización por rescate.

2ª. Que, en consecuencia, el que, según el criterio de la IGCAR, tales AREC no deban ser contablemente consideradas por FRS como *cuotas de amortización* de las inversiones hechas por la empresa y, por tanto, no puedan minorar el importe del VPI (que es uno de los sumandos que integran la suma indemnizable por rescate), no significa que jurídicamente dichas AREC no deban ser traídas a colación en el momento extintivo del contrato para deducirlas del importe final de la indemnización y evitar así que, habiendo sido efectuadas, justa y contractualmente, como *provisionales* (en concepto de *pagos a cuenta*), se consoliden *definitivamente* como un enriquecimiento de la concesionaria que habría de ser calificado como injustificado al no haber sido contractualmente previsto.

3ª. Que, por tanto, el que, las AREC hayan sido contabilizadas en la forma sugerida por la ICGAR [es decir, consignadas anualmente en la cuenta de resultados y, concretamente: i) en la contabilidad de la FRS, como *pérdidas*; y ii) en la contabilidad de ACSL, como *ganancias*] carece de trascendencia jurídica, ya que: i) no significa jurídicamente que tales AREC deban ser computadas como BDP a efectos del cálculo de la indemnización por rescate (pues, como hemos explicado, no son beneficios *pasados* sobre las que la concesionaria pueda calcular los *futuros*, sino evitaciones de pérdidas que dicha concesionaria no puede emplear para el cálculo de la indemnización por rescate; y el BDP exige siempre que haya *beneficios pasados efectivos* para poder calcular, partiendo de los mismos, los *hipotéticos beneficios futuros*); y ii) tampoco impide que tales AREC deban jurídicamente ser traídas a colación y deducidas del importe final de la indemnización para evitar que, habiendo sido efectuadas contractualmente como *provisionales* (en concepto de *pagos a cuenta*), se consoliden *definitivamente* como un enriquecimiento de la concesionaria no justificado al no haber sido contractualmente previsto.

4ª. Que, por lo mismo, el que las AREC no hayan sido contabilizadas en la forma sugerida por la OCP [es decir: i) durante la vigencia del contrato, en el pasivo de la FRS (en una *cuenta de deuda* “por anticipos hechos a cuenta y pendientes de regularización”) y en el activo de ACSL (en una *cuenta de crédito* del Grupo 4, que, p.e. podría denominarse “de anticipos a cuenta de regularización”); y ii) al extinguirse el contrato por rescate, en la cuenta de resultados de FRS, como *pérdida* y, en la de ACSL como *ganancia*], carece también de trascendencia jurídica pues no significa que tales AREC hayan adquirido jurídicamente la condición jurídica de *pagos a fondo perdido* ni hayan dejado de tener la condición jurídica que les corresponde, que es: i) provisionalmente, durante la vigencia del contrato, la de *pagos a cuenta* de la regularización final que se realice cuando se extinga el contrato; y ii) definitivamente, cuando se extinga el contrato, la de cantidades que deben ser deducidas del importe final

que deba pagar FRS a ACSL en función de la causa de extinción que se produzca, en nuestro caso, del importe final de la indemnización que deba pagar por el rescate.

5ª. Que, en la misma línea de razonamiento, la provisión contable de una elevada cantidad (efectuado en la contabilidad de FRS para afrontar con solvencia el hipotético caso de una reclamación que pueda efectuar la empresa ACSL a consecuencia del procedimiento que nos ocupa) es una medida financiera de *prudencia contable*, sugerida por la Consultora que ha efectuado la auditoría, que no implica, en absoluto, que la FRS asuma ni deba asumir como jurídicamente viable dicha hipotética reclamación; pues las provisiones contables efectuadas para precaver el riesgo de posibles o hipotéticas reclamaciones de socios o acreedores son expresión del principio de *prudencia contable* recogido en el art. 3.4 PGC, pero carecen de relevancia jurídica, ya que no significan que la entidad que efectúe la provisión asuma con ello anticipadamente una determinada calificación jurídica de los actos o negocios ni, mucho menos, que, si el asunto deviene contencioso, su posición jurídica tenga menos consistencia que la contraria.

#### **E) Sobre la cuantía concreta de la indemnización.**

Finalmente, entendemos que la cifra concreta de la indemnización que procede pagar al concesionario por rescate debe ser fijada, por la Consejería actuante, en la Resolución por la que se concluya el procedimiento de rescate y con base en los criterios de cálculo que hemos señalado en este dictamen, especialmente los de considerar, en todo caso, que el BDP es cero y que las AREC pagadas a cuenta deben ser deducidas. A tal efecto, estimamos que debe recabarse un informe-propuesta de cuantificación definitiva a la OCP en el que se incorporen las necesarias actualizaciones hasta el momento en que se acuerde su pago

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

#### **Sobre la naturaleza del inmueble**

**1.** El terreno (suelo y vuelo) en que se asienta el Aparcamiento del CIBIR es un bien demanial de servicio público, afecto al servicio público sanitario, que fue transferido por el Estado a la CAR mediante el RD 1473/2001.

2. Dicho RD 1473/2001 reservó a la TGSS la titularidad, también demanial, del suelo y del vuelo no construido, así como el derecho de reversión si deja de estar afecto a dicho servicio sanitario).

3. Dicho RD 1473 confirió a la CAR el derecho demanial de “uso” de dicho suelo y vuelo. Dicho derecho demanial de “uso” confiere expresamente a la CAR el derecho demanial de construir (*ius aedificandi*) sobre y bajo su suelo y de adquirir el 100% de la titularidad de lo así construido.

4. En ejercicio de dicho derecho, la CAR segregó parte del terreno, construyó en el suelo, subsuelo y vuelo de la misma, entre otras, la obra pública demanial consistente en el Aparcamiento del CIBIR y asumió el 100% de la titularidad demanial de dicho Aparcamiento.

5. El referido Aparcamiento del CIBIR es también un bien demanial de servicio público, afecto al servicio público sanitario, cuya titularidad demanial corresponde al 100% a la CAR, sin perjuicio de los derechos demaniales que la TGSS se reservó sobre el suelo y vuelo no construido y para la reversión si dejase de estar afecto al servicio público sanitario

6. El Gobierno de la CAR confirió, mediante autorización demanial, a la FRS, el uso privativo singular del Aparcamiento del CIBIR; y, también mediante autorización demanial, las precisas facultades demaniales para que dicha FRS pudiera gestionarlo directamente o conferir su explotación demanial a un tercero mediante el correspondiente contrato (de concesión demanial).

## **Segunda**

### **Sobre la naturaleza y régimen jurídico del contrato.**

1. Al amparo de las referidas autorizaciones demaniales, la FRS, tras dos licitaciones desiertas, adjudicó la explotación del Aparcamiento del CIBIR a la empresa ACSL por el procedimiento de contratación negociado sin publicidad, en cuya tramitación no se aprecia ninguna irregularidad invalidante.

2. El contrato suscrito el 07-07-2010 entre la FRS y ACSL tiene la naturaleza de concesión administrativa demanial, no la de contrato privado, ni la de contrato privado con cláusulas jurídico-públicas, ni la de contrato administrativo de concesión de obras o de servicios públicos.

3. El referido contrato se rige por las normas imperativas contenidas en legislación demanial, tanto la estatal básica (LPAP'03) como la autonómica de la CAR (LPR'05) y,

supletoriamente, en la legislación estatal sobre contratos del Sector público, contenida en la LCSP'17 y el RCAP'01 (en todo lo relativo al rescate de la concesión) y en la LCSP'07 y el RCAP'01 (en todo lo demás).

4. En lo que no se oponga a las expresadas normas legales imperativas (de aplicación directa o supletoria), el referido contrato se rige por las normas contractuales contenidas: i) en el contrato de 07-07-2010; ii) en sus Anexos (que incluyen las condiciones pactadas en el Acta de 28-05-2010); iii) en las modificaciones contractuales posteriores de fechas 19-09-2013, 26-01-2016 y 08-06-2016; y iv) en la oferta contractual de la empresa aceptada por la FRS de fecha 09-03-2010, con carácter (contractual) supletorio.

5. Las cláusulas y estipulaciones contenidas en los precitados documentos contractuales que sean contrarias a las precitadas normas legales imperativas (de aplicación directa o supletoria), deben ser tenidas por no puestas, ineficaces y desplazadas por las correspondientes normas legales imperativas (de aplicación directa o supletoria). Esta circunstancia afecta especialmente a cuantas cláusulas y estipulaciones contractuales pactaron: i) la naturaleza *privada* del contrato (cl. 2ª del contrato); ii) el pago a la empresa, caso de extinción contractual, de *costes de oportunidad*, *costes de gestión* o *costes financieros* de la inversión; y iii) la fijación de una *cuantía mínima* a la indemnización caso de rescate (*cláusula-suelo* acordada en la modificación contractual de 19-09-2013).

6. Las cláusulas y estipulaciones contractuales por las que se pactaron las AREC (aportaciones dinerarias para restablecer el equilibrio económico del contrato, previstas como mutuas, aunque, debido al déficit permanente de la explotación, sólo fueron efectuadas por la FRS en favor de la ACSL, entre 2011 y 2017) son contrarias al principio general de ejecución contractual a *riesgo y ventura* del contratista y han sido prohibidas legalmente (arts 270.2. par. 3 y 290.4, par 3 LCSP'17) para compensar el *incumplimiento de las previsiones de demanda*; por lo que, siendo ese el caso que nos ocupa, la FRS no debe proceder al pago de ninguna compensación (AREC) más; si bien las ya efectuadas (por un importe estimado en el expediente en 5.413.420,54 euros) deben ser reputadas jurídicamente admisibles, pero sólo si se las considera como *pagos a cuenta* de la regularización final del contrato en el momento de su extinción por cualquier causa legal, incluida el rescate; por lo que no es conforme a Derecho, en ningún caso, considerarlas como *pagos a fondo perdido*, prestamos participados o aportaciones que no reúnan el precitado carácter de *pagos a cuenta* de la regularización final del contrato. Tampoco es conforme a Derecho considerar que las AREC ya pagadas al concesionario no son deducibles de la cuantía final que, caso de extinción de la concesión del contrato por cualquier causa (incluida la extinción por causa de rescate) deba pagarse a la empresa concesionaria.

## Tercera

### Sobre el procedimiento de rescate

1. El contrato tiene al rescate como una de las causas legales que imperativamente determinan su extinción (arts. 100-d LPAP'03 y 87.1-f LPR'05), con independencia de la voluntad de las partes contractuales (aunque, en este caso, la han previsto y admitido en la cl. 22.2 PCA y el ap. 45 CDTA).

2. El rescate es una potestad jurídico-pública reglada cuyo ejercicio, en este caso, no compete a la FRS ni a su Protectorado, sino a quien sea el titular de la Consejería de la CAR competente en materia de salud, a la que está adscrita la FRS.

3. En cuanto al procedimiento administrativo previsto para el ejercicio de la potestad de rescate, se ha tramitado correctamente.

4. Respecto a la procedencia del rescate, se han probado suficientemente en el expediente los requisitos legales de existencia de un interés público o social y de mayor eficacia y eficiencia de una gestión administrativa directa, aunque estimamos deseable que los costes de personal y gestión se justifiquen, con más amplitud y detalle, en la fundamentación de la Resolución por la que, en su caso, se acuerde el rescate.

## Cuarta

### Sobre la indemnización por rescate

1. La Resolución por la que, en su caso, se acuerde el rescate debe fijar: i) la fecha para la recuperación de la posesión del aparcamiento, con la prevención de que, caso de renuncia, se recuperará de oficio; y ii) el importe de la indemnización que deba pagarse a la empresa concesionaria, con la prevención de que caso de renuncia, se consignará de oficio.

2. Para la fijación del importe de indemnización debida por rescate, pueden tenerse en cuenta los siguientes criterios:

A) Para calcular el VPI (daño emergente), son ajustados a Derecho los cálculos contenidos en el informe de la OCP (AHA.8.2.5) para cuantificar el VPI (daño emergente) irrogado a la empresa contratista por causa de rescate en **6.572.076,34 euros**, cantidad que resulta de las siguientes operaciones: i) partir de los 8.000.000 de euros, pagados por ACSL a la FRS, en concepto de inversión por canon fijo de la explotación al comienzo del contrato; ii) añadir los 331.876,95 euros, en concepto de valor de las *inversiones de iniciación y reposición* efectuadas, por ACSL, en el

Aparcamiento objeto del contrato (fol. 542); y iii) restar 1.759.800,61 euros, en concepto de *cuotas de amortización* contabilizadas por ACSL según los informes de auditoría externa efectuados a dicha empresa.

**B)** No es ajustado a Derecho incluir en la indemnización cantidad alguna para compensar los siguientes conceptos: i) *coste de financiación* de la inversión; ii) *coste de oportunidad* de la inversión; y iii) *coste de gestión* de la explotación.

**C)** Para calcular el BDP (lucro cesante), no procede seguir ninguna de las tres metodologías sugeridas en el informe de la OCP (AHA 8.2.5), puesto que dicho BDP debe ser estimado, a efectos de rescate, en la cifra de cero euros; ya que, al no haber tenido la concesionaria beneficios *pasados*, no pueden calcularse objetivamente, sobre la base de los mismos, los beneficios *futuros* en los que el BDP consiste.

**3.** Del importe de la indemnización fijado con los precedentes criterios, deben ser restadas las AREC pagadas por la FRS a ACSL por un total (calculado por la OCP) de 5.413.420,54 euros, al tener dichas AREC el carácter de *pagos a cuenta* de la regulación final que debe practicarse al extinguir el contrato por cualquier causa, en este caso, por causa de rescate.

**4.** La cifra concreta de la indemnización que procede pagar al concesionario por rescate debe ser fijada, por la Consejería actuante, en la Resolución por la que, en su caso, se concluya el procedimiento de rescate y precisamente con base en los criterios de cálculo que hemos señalado en esta Conclusión Cuarta, números 2 y 3; a cuyo efecto, estimamos que debe recabarse un informe-propuesta de cuantificación definitiva a la OCP en el que se incorporen las necesarias actualizaciones hasta el momento en que, en su caso, se acuerde su pago.

## **Quinta**

### **Sobre la contabilidad**

**1.** La contabilización por la FRS de las AREC y de la indemnización que deba pagarse por el rescate, así como de la provisión contable que proceda para precaver, en base al principio de prudencia financiera, posibles reclamaciones derivadas de este asunto, debe seguir los criterios contables generalmente admitidos que indique la IGCAR, en su caso en base a los informes de la correspondiente auditoría externa.

**2.** Los criterios de contabilización de las referidas operaciones (respecto a cualquier parámetro como, entre otros, las cuantías consignadas, la denominación de las cuentas o la ubicación de las mismas en el balance o en la cuenta de resultado) no afectan a la

calificación jurídica de las mismas que, a nuestro juicio, es la expresada en el presente dictamen.

**3.** Aunque no es contrario a Derecho, no se considera buena práctica administrativa que la empresa consultora que realice la auditoría externa de la FRS coincida con la que la efectúa para la empresa concesionaria.

### **Sexta**

#### **Sobre el expediente**

**1.** Este dictamen (como se explica en AHA 2 y AHC 3) ha sido emitido en base al expediente reenumerado de 989 fols. que se acompaña y a cuya numeración de fols se refiere.

**2.** Dicha reenumeración ha sido efectuada por este Consejo, con autorización de la Consejería consultante, para facilitar la cita de la voluminosa documentación complementaria que, a instancia de este Consejo, nos ha sido remitida.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO**

Joaquín Espert y Pérez-Caballero