



SUMARIO

CREACIÓN DE COMISIONES ESPECIALES

9L/CCE-0006-. Comisión de Investigación que aclare y proporcione la información necesaria sobre los procedimientos, los términos y las condiciones en que se desarrollaron el contrato y/o los contratos relativos a la adjudicación de la gestión de los aparcamientos del Hospital San Pedro de Logroño.

Juan Miguel Calvo García – Grupo Parlamentario Podemos La Rioja.

Concepción Andreu Rodríguez – Grupo Parlamentario Socialista.

Diego Ubis López – Grupo Parlamentario Ciudadanos.

Votos particulares al Dictamen de la Comisión.

8416

CREACIÓN DE COMISIONES ESPECIALES

9L/CCE-0006- Comisión de Investigación que aclare y proporcione la información necesaria sobre los procedimientos, los términos y las condiciones en que se desarrollaron el contrato y/o los contratos relativos a la adjudicación de la gestión de los aparcamientos del Hospital San Pedro de Logroño.

Juan Miguel Calvo García – Grupo Parlamentario Podemos La Rioja.

Concepción Andreu Rodríguez – Grupo Parlamentario Socialista.

Diego Ubis López – Grupo Parlamentario Ciudadanos.

La Presidencia, vistos los escritos 18697 del Grupo Parlamentario Popular, 18707 del Grupo Parlamentario Socialista y 18713 del Grupo Parlamentario Ciudadanos, por los que se presentan votos particulares al Dictamen de la comisión, toma conocimiento de los mismos y ordena su publicación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49.3 y 81 del Reglamento de la Cámara.

De conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Cámara, dispongo su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja.

Logroño, 19 de marzo de 2019. La presidenta del Parlamento: Ana Lourdes González García.

A la Presidencia del Parlamento de La Rioja

Jesús Ángel Garrido Martínez, portavoz del Grupo Parlamentario Popular, en nombre y representación del mismo, formula el siguiente voto particular al Dictamen aprobado por la Comisión de Investigación creada en el Parlamento de La Rioja, con el objeto de aclarar y proporcionar la información necesaria sobre los procedimientos, los términos y las condiciones en que se desarrollaron el contrato y/o los contratos relativos a la adjudicación de la gestión de los aparcamientos del Hospital San Pedro de Logroño, para su publicación en el Boletín Oficial de la Cámara, según lo previsto en el artículo 49.3 del vigente Reglamento del Parlamento de La Rioja.

Logroño, 15 de marzo de 2019. El portavoz del Grupo Parlamentario Popular: Jesús Ángel Garrido Martínez.

VOTO PARTICULAR AL DICTAMEN APROBADO POR LA MAYORÍA DE LA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN DE LOS
CONTRATOS DE APARCAMIENTO DEL CIBIR

1. Es necesario realizar las siguientes apreciaciones sobre el punto 24 del Pliego de cláusulas administrativas particulares que regula el mantenimiento del equilibrio económico-financiero y las formas de su restablecimiento.

a) La licitación se efectuó en dos procedimientos abiertos, que quedaron desiertos, y un procedimiento negociado posterior. En el procedimiento negociado, se incluyó una condición, en la cláusula 24, que permitiera la compensación económica cuando fuera precisa para asegurar el equilibrio económico-financiero del contrato.

b) Efectivamente, la cláusula 24 de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que fija la Fundación Rioja Salud determina la necesidad de, pese a que la ejecución es a riesgo y ventura del contratista, mantener el equilibrio económico-financiero del contrato y fija los supuestos en los que se entiende que el mismo se ha roto.

c) Esta inclusión no supone modificación de las condiciones del contrato, ni conculca la concurrencia,

ni aporta nada nuevo ni gravoso para la Fundación. Las consecuencias prácticas hubieran sido las mismas de no introducirse al estar ya subsumida en la cláusula originaria.

d) La Ley de Contratos del Sector Público vigente en aquel momento, en su artículo 154 y cuando se ha declarado desierto un concurso público abierto, permite al órgano de contratación que pueda utilizar el procedimiento negociado; eso sí, fija con carácter inexcusable que no pueden realizarse modificaciones sustanciales en las condiciones del mismo, que serían ilícitas por conculcar el principio de libre competencia.

e) Por tanto, Fundación Rioja Salud estaba legitimada para acudir después de dos procedimientos fallidos al procedimiento negociado puesto que no se modificaron las condiciones sustanciales que son: el objeto, el canon 8 millones de euros más IVA, la duración del contrato, los criterios de solvencia técnica o económica ni los criterios para la adjudicación. La inclusión del inciso de la compensación económica cuando no pudiera restablecerse el equilibrio de otra forma no solo no es una modificación sustancial, sino que ni siquiera es una modificación, y ello por cuanto que no aporta un plus negativo a la Fundación. La propia aplicación de la normativa, la jurisprudencia y la misma cláusula 24, en su redacción del procedimiento abierto y, por tanto, sin ese inciso, nos hubiera llevado a la misma conclusión: la compensación económica por la imposibilidad de aplicación de otros mecanismos de compensación.

f) La posibilidad de reducir las tarifas fue autorizada en los primeros meses de gestión, al verse la baja ocupación, con la finalidad de incentivar la utilización del estacionamiento sin ningún resultado positivo y sin que fuera capaz de restablecer el equilibrio económico por sí sola.

g) La reducción del plazo del contrato, fijado en 40 años, podría haberse utilizado para restablecer el equilibrio a favor de la Fundación Rioja Salud pero nunca a favor de la concesionaria ya que era el plazo máximo legalmente permitido.

h) La imposibilidad de modificar las cláusulas económicas del contrato –precio, el plazo y el canon– para restablecer el equilibrio económico-financiero, solo permitía la posibilidad de la compensación económica.

i) Para finalizar, se debe tener en cuenta que la doctrina y la jurisprudencia definen, en este tipo de contratos, que el equilibrio roto no es más que el establecimiento o la fijación de una indemnización a tanto alzado a la parte perjudicada o la modificación de las tarifas más favorable a este en el supuesto de que el servicio sea de tracto sucesivo.

j) Queda claro que, aunque no se hubiera introducido la compensación económica, solo quedaba, por los propios pliegos, esta posibilidad, una vez que el resto de mecanismos se manifestaban imposibles; su introducción responde a la voluntad de clarificar el texto. Si los resultados hubieran sido los mismos, con o sin esa incorporación, la modificación de los pliegos no puede calificarse de modificación sustancial ni de lesiva para la Fundación.

k) A este respecto hay que recordar que el director de los Servicios Jurídicos manifestó categóricamente que, con esa cláusula o sin ella, roto el equilibrio del contrato habría que indemnizar.

l) Tampoco ha de reputarse gravosa en su interposición esa cláusula "ab initio", como se afirma por los grupos, ya que se olvida que estaba diseñada de forma bidireccional: podría aplicarse a favor o en contra de la Fundación.

m) Alega el Grupo Parlamentario Ciudadanos que la modificación del artículo 24 acarrearía la nulidad absoluta del procedimiento con las consecuencias inherentes al caso. Sin embargo, aunque se admitiera que se haya producido una modificación, como no sería sustancial, como ya se ha explicado, ese vicio de procedimiento no produciría la nulidad del mismo ya que no cumple con ninguna de las causas de nulidad tasadas en la ley. Por otra parte, cualquier vicio no es susceptible de nulidad absoluta; hay otras instancias como la anulabilidad o la convalidación del acto. Por lo anterior ha de negarse ilicitud alguna de la cláusula 24 y menos que este comportamiento lleve incluido un vicio de nulidad absoluta del contrato.

2. La reducción del importe de licitación de 19 a 8 millones de euros se hizo a través de un nuevo expediente de licitación por procedimiento abierto 200911-11 APC-CIBIR, publicado en el BOE, BOR y Perfil del contratante a finales de noviembre de 2009, precisamente porque contenía un cambio sustancial en las condiciones de contratación: la reducción sustancial del canon.

Conforme a lo estipulado en el artículo 154.c) de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, entonces en vigor, se abre un nuevo procedimiento negociado sin publicidad cuando se declara desierto el procedimiento abierto 200911-11 APC-CIBIR.

En la cláusula 24.3, sobre el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, solamente se añade el punto "c) Compensación económica", que no tiene transcendencia jurídica alguna, puesto que es un derecho reconocido universalmente, como ya se ha explicado.

3. La conclusión número 6 es falsa puesto que, en la formalización del contrato, la empresa APARCAMIENTO CIBIR, SL, figura constituida por las empresas Construcciones Zenón Hernáiz, SA, Inmobiliaria Ortega, SA, Viña de la Emperatriz, SL y Rentyal, SL.

4. La conclusión número 7 manifiesta una evidente ignorancia en esta materia. El hecho de que se adjudique a una empresa que estaba en constitución es perfectamente legal ya que licitaron con el compromiso de constituir una sociedad *a posteriori* si eran adjudicatarias. De hecho, es el proceder normal en este tipo de licitaciones.

La Ley de Contratos permite la constitución de una UTE para la firma y ejecución del contrato, pero puede constituirse después de la adjudicación del contrato; se evitan los trámites y gastos de la constitución si no resultara adjudicataria.

El pliego de prescripciones técnicas CLÁUSULA 8.- BASES DE LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO, una de las opciones que incluye es la V. Particularidades en caso de uniones temporales de empresarios:

"Cuando varias empresas participen en el procedimiento en unión temporal, cada una de ellas deberá aportar los documentos exigidos en el SOBRE 'A', sin que sea necesaria la formalización de la Unión Temporal de Empresas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor".

5. Las conclusiones desconocen que la diferencia más notable entre una sociedad anónima y la sociedad limitada es el capital social mínimo exigido por ley. En este caso, la nueva sociedad escrituraba un capital social de 1.200.000 €, muy superior a ambos mínimos legales exigidos, por lo que la Comisión de Contratación admitió esta forma social al considerar que la solvencia quedaba suficientemente garantizada.

6. La conclusión número 10 es falsa. El canon son 8 millones de euros, puesto que el IVA es un impuesto indirecto que se repercute en la operación para que sea ingresado ante la AEAT. En la normativa de contratación, los importes de licitación, valor estimado, contratación, etc., son siempre exentos de IVA. Por tanto, 8.000.000 euros multiplicado por 15%, coincide con el valor del capital social desembolsado de 1.200.000 €.

7. Las conclusiones números 11, 12 y 13 obvian por completo la amplia jurisprudencia en materia de contratación.

En ella se defiende que las personas jurídicas podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de los estatutos o reglas fundacionales, les sean propios. La finalidad de la norma es evitar que resulte adjudicatario de un contrato público una empresa cuya actividad no tenga relación con las prestaciones a desempeñar, pero esta finalidad no puede convertirse, mediante una aplicación restrictiva, en una limitación a la libre competencia.

Por poner un ejemplo, en el Informe 11/2008 de la Junta Consultiva Islas Baleares afirma que "cabe interpretar el artículo 46.1 LCSP en sentido amplio, es decir, que las prestaciones objeto de contrato deben estar comprendidas en los fines, objeto y ámbito de actividad de la empresa, sin que sea necesaria la coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato. Así, es suficiente que se pueda interpretar que las prestaciones objeto de contrato encajan o quedan amparadas en esos fines, objeto o ámbito de

actividad". Incluso en el caso de que supusiera una coincidencia solo parcial con el objeto del contrato sería suficiente para admitir a las empresas en compromiso de constituirse como otra empresa. "Una interpretación diferente o excesivamente rigurosa podría dar lugar a la exclusión injustificada del empresario del procedimiento de contratación".

No se puede cometer el error de analizar la solvencia de cada uno de los integrantes de la oferta, desconociendo que en la solicitud se presentan de forma conjunta varias sociedades con la intención de constituir una sociedad en el caso de resultar adjudicatarias. Ante esta situación hay que ir a la normativa de solvencias en caso de UTES o agrupación de empresas que se presentan de forma conjunta. Es evidente en el mundo del derecho, que los empresarios deben acreditar estar en posesión de las condiciones de solvencias exigidas y para acreditarlas podrán basarse en medios de otras empresas, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan entre ellas, siempre que demuestre que para la ejecución del contrato cuenta con ellas. Así se ha manifestado la doctrina y jurisprudencia, entre otros, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales en Resolución 913/2016 o el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de noviembre de 2014.

En definitiva, el grupo técnico que examinó la documentación concluyó que tenían suficientes garantías para la explotación del contrato y que cumplían con los requisitos de solvencia y así lo propusieron al órgano de contratación.

8. Las conclusiones números 15 y 16 declaran probado un hecho erróneo a la vista de la realidad y de la documentación del expediente porque entienden que el estudio del Banco de Santander se basaba en que el aparcamiento 1 fuera también de pago y que las previsiones de este excedían del ámbito del contratación que, solo y en todo momento, se hacía referencia al aparcamiento subterráneo, no al de superficie del CIBIR.

A este aparcamiento se le define de forma genérica como "subterráneo", para distinguir de los restantes aparcamientos del complejo hospitalario. Pero engloba a las tres plantas, una de superficie y dos subterráneas. La confusión radica en que en todo el expediente posterior de contratación del aparcamiento del CIBIR se le denomina a este "subterráneo" –incluyendo a la totalidad de plazas– para diferenciarlo de las plazas en superficie afectas y cercanas a otras parcelas del Hospital San Pedro. Por lo tanto, el objeto del contrato, como queda meridianamente claro en el Anexo del Pliego de Prescripciones Técnicas y donde se describe la parcela, era la gestión de la totalidad del aparcamiento en superficie y las dos plantas en sótano.

La fundamentación que pretende realizar el Grupo Socialista en el Acuerdo de Consejo de Gobierno por la que se autoriza el uso del inmueble a la Fundación Rioja Salud nada tiene que ver ya que es anterior y se refiere a la habilitación necesaria para que, una vez finalizada la construcción de los inmuebles, pudiera utilizarlos. Nada tiene que ver con la autorización de explotación externa del aparcamiento y el objeto del mismo. La competencia para la autorización de la explotación del aparcamiento, una vez adscritos los bienes, era de la Fundación Rioja Salud y su patronato la aprueba el 1 de febrero del 2010.

9. Se omite deliberadamente que en los procedimientos de contratación de la Fundación no es preceptiva la emisión de ningún informe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja. Dada la trascendencia del caso y las repercusiones, solamente se pidió informe en el supuesto de la modificación del contrato operada en septiembre del 2013, pero ni era preceptivo ni, por supuesto, vinculante.

10. En relación con la conclusión número 21, se reitera que la inclusión de la compensación económica directa no supone modificación de las condiciones del contrato: ni conculca la concurrencia, ni aporta nada nuevo ni gravoso para la Fundación. Las consecuencias hubieran sido las mismas de no introducirse al estar ya subsumida en la cláusula originaria.

11. Se insinúa la irregularidad que supone que la Fundación Rioja Salud negocie con el cerramiento situado en la parcela oeste n.º 1 adscrito al SERIS, obviando que el director gerente de Rioja Salud era, a la vez, secretario general técnico de la Consejería de Salud. Efectivamente, esa parcela está adscrita al SERIS

pero en la negociación de la modificación del contrato de explotación del aparcamiento, por la importancia y las conclusiones del mismo, asistieron no solo representantes de Fundación, sino de la Consejería de Salud e incluso de Hacienda. De hecho, las prórrogas del periodo transitorio vienen firmadas por ellos y, por tanto, esa situación era conocida por miembros de ambas consejerías, con lo que nada irregular hay en ello. Estas circunstancias quedan claramente acreditadas en las actas de las reuniones.

12. Convendría destacar los siguientes aspectos:

a) Las entidades encargadas de velar por la legalidad de los contratos, el Tribunal de Cuentas y la Fiscalía Especial contra la corrupción y la criminalidad organizada han archivado las denuncias presentadas y relacionadas con este contrato.

b) Tal y como sostiene el Tribunal de Cuentas, en su auditoría al Gobierno de La Rioja relacionada con la contratación del aparcamiento con el CIBIR, no existe irregularidad alguna y la contratación realizada no ha resultado perjudicial para el erario público.

c) Por su parte, la fiscalía sostiene que estos hechos no son constitutivos de infracción penal al no existir, tan siquiera, infracción administrativa.

d) El informe del Tribunal de Cuentas confirma toda la información que ya ha transmitido el Gobierno de La Rioja a la Comisión, dándola por veraz y rechazando de forma indirecta otro tipo de lecturas que se realizan desde diversos colectivos. Igualmente, la Fiscalía ratifica el dictamen del Tribunal de Cuentas reconociendo expresamente que en el presente caso no solo no existe irregularidad alguna, sino que la contratación no ha resultado perjudicial para el erario público.

e) Si las comisiones de investigación son un instrumento de control que pueden generar la determinación de responsabilidades políticas o penales, y teniendo en cuenta que la Fiscalía ya se ha pronunciado, obteniendo de esta una repuesta tan contundente y habiendo el Tribunal de Cuentas dado una respuesta similar, cabe indicar que la Comisión parlamentaria solamente puede pronunciarse en su sentido similar.

f) El estudio de ocupación no ha podido predecir convenientemente la demanda real de este servicio aun después del cierre de los *parkings* para uso no sanitario. Han sido varios los factores que, ajenos a la voluntad de las partes, han podido contribuir a este error predictivo: la situación económica, los servicios de transporte público, la nueva organización de los servicios sanitarios, etc.

13. Asimismo, este grupo parlamentario entiende que algunas de las conclusiones incluidas en el dictamen podrían ser contrarias a la reciente doctrina del Tribunal Constitucional según la cual "a las Cámaras, en el ejercicio de su actividad investigadora, ni les corresponde efectuar una calificación jurídica de los hechos investigados, ni llevar a cabo imputaciones o determinaciones personales sobre la autoría de comportamientos".

A la Presidenta del Parlamento

Concepción Andreu Rodríguez, portavoz del Grupo Parlamentario Socialista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del vigente Reglamento del Parlamento, en relación con el Dictamen emitido por la Comisión de Investigación sobre la adjudicación de la gestión de los aparcamientos del hospital San Pedro de Logroño, mediante el presente escrito, presenta voto particular a las conclusiones defendidas por el Grupo Parlamentario Socialista, las número 9-10-17.

Logroño, 15 de marzo de 2019. La portavoz del Grupo Parlamentario Socialista: Concepción Andreu Rodríguez.

VOTO PARTICULAR

Conclusiones:

9. Las empresas que conforman CIBIR, SL, no presentan toda la documentación exigida en el pliego, como se indica anteriormente en los hechos probados.

10. Se establece, en 2010, un contrato entre Fundación Rioja Salud y CIBIR, SL, que supuestamente es beneficioso para las arcas públicas riojanas.

17. De las peticiones realizadas por la empresa CIBIR, SL, a Fundación Rioja Salud, en las cuales se hacía referencia a un incumplimiento del contrato por diversos motivos durante el periodo transitorio, incumplimientos de contrato que a juicio de CIBIR, SL, eran motivo de resolución del mismo, CIBIR, SL, planteó unos cuadros económicos compensatorios al amparo del contrato inicial de 2010. La renegociación del contrato en 2013 era perjudicial para los intereses de la empresa respecto al contrato original de 2010 tanto por lo dicho por los empresarios en su comparecencia parlamentaria como por lo afirmado en el informe de los Servicios Jurídicos del Gobierno de La Rioja, realizado de manera previa a la modificación del contrato de 2013.

¿Cuál es el motivo que lleva a una empresa a firmar la modificación de un contrato con el Gobierno de La Rioja que le hace perder dinero?

Esta visión empresarial solo puede ser realizada desde un punto de vista amplio de los diferentes ámbitos de negocio que los responsables de CIBIR, SL, mantienen con el Gobierno de La Rioja. Esta relación en ámbito de servicios sociales es ampliamente conocida y supone varios millones de euros la valoración de los contratos que los empresarios responsables de CIBIR, SL, mantienen con el Gobierno de La Rioja como responsable de otras empresas.

A la Presidenta del Parlamento de La Rioja

Una vez aprobado por el Pleno del Parlamento, en su sesión de fecha 13 de marzo de 2019, en mi condición de diputado de esta Cámara legislativa y como representante del Grupo Parlamentario Ciudadanos, a los efectos oportunos y para su publicación en el Boletín Oficial del Parlamento de La Rioja, se adjunta el voto particular a las conclusiones del Grupo Parlamentario Ciudadanos sobre la conformidad o disconformidad a derecho del contrato suscrito el 7 de julio de 2010, entre la Fundación Rioja Salud y el aparcamiento CIBIR, SL, para la explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento en el CIBIR.

Logroño, 15 de marzo de 2019. El portavoz del Grupo Parlamentario Ciudadanos: Diego Ubis López. El diputado del Grupo Parlamentario Ciudadanos: Tomás Martínez Flaño.

VOTO PARTICULAR A LAS CONCLUSIONES DEL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS SOBRE LA CONFORMIDAD O DISCONFORMIDAD A DERECHO DEL CONTRATO SUSCRITO EL 7 DE JULIO DE 2010, ENTRE LA FUNDACIÓN RIOJA SALUD Y APARCAMIENTO CIBIR SL. PARA LA EXPLOTACIÓN, CONSERVACIÓN Y MANTENIMIENTO DEL APARCAMIENTO EN EL CIBIR

Después de 3 años (noviembre 2016) de reuniones de la Comisión de Investigación del contrato de explotación de los aparcamientos del CIBIR, hoy 14 de marzo de 2019 toca defender ante esta Asamblea las conclusiones a las que hemos llegado cada uno de los miembros de dicha comisión para elaborar un

Dictamen único que les ha presentado el presidente de la comisión.

Ha sido un trabajo arduo y complicado, donde se han entrelazado por una parte los documentos que hemos tenido que examinar y por otra las intervenciones de las personas públicas y privadas que han comparecido ante la comisión y han dado sus explicaciones sobre aquellas cuestiones por las que han sido preguntados en relación al asunto por el que fueron convocados y de los que podríamos decir que unos han colaborado con la comisión de mejor grado que otros; hubo quienes padecieron de amnesia temporal; quienes contaron "su versión" de los hechos poco o nada parecida con la realidad y hubo quien dio todo lujo de detalles sobre las cuestiones por las que fueron preguntados; en todo caso, a todos ellos hemos de agradecerles su participación y su colaboración.

Esta investigación no tenía, por parte del Grupo Ciudadanos, otro objeto que poner sobre el tapete una situación a nuestro juicio cuando menos irregular, si no ilegal, de cómo se formalizaron los diferentes contratos para la explotación de los aparcamientos que se encuentran junto al edificio denominado CIBIR del Complejo Hospitalario del Hospital San Pedro.

No voy a hacer aquí una cronología de los hechos, puesto que ya se ha hecho, pero sí me gustaría dejar constancia de nuestra postura, y así lo hemos hecho durante todo el proceso de investigación y basándonos en informes jurídicos encargados por nuestro grupo parlamentario y, sobre todo y más importante, en la contundencia de las pruebas.

Pruebas que nos han llevado en todo momento a la conclusión de que

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Fundación Rioja Salud, en adelante FRS, licitó por procedimiento abierto, la contratación de la explotación, conservación y mantenimiento del aparcamiento de vehículos en el Centro de Investigación Biomédica de La Rioja, CIBIR, (BOR 11/2/2009). El presupuesto de licitación, sin IVA, se fijó en 16.379.310,34 euros, en concepto de canon. El precio, IVA incluido, se estableció en 19.000.000,00 de euros (cláusula 5 del Pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas y apartado 8 del cuadro de datos técnico administrativo). El sistema por el que se determinó el precio del contrato fue el valor de mercado (cláusula 5 del Pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas y apartado 7 del cuadro de datos técnico administrativo). La duración del contrato se estableció en 40 años (cláusula 6 del Pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas y apartado 11 del cuadro de datos técnico administrativo).

Transcribimos a continuación el contenido de la cláusula 24 del Pliego que rigió el procedimiento abierto, en la que se regula el mantenimiento del equilibrio económico del contrato, por cuanto nos servirá para compararla más adelante con la correspondiente cláusula 24 del pliego que rigió del procedimiento negociado. Así, la referida cláusula establece:

"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 cláusula, y de acuerdo a la legislación vigente.

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

a) Cuando la Fundación 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 Pliego.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Fundación determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

c) Cuando se produzcan el resto de circunstancias expresamente prevista en el presente Pliego.

d) Cuando se supere en más de un 25% los límites máximos y mínimos de las previsiones de demanda realizados 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 algunas de las medidas siguientes:

- a) Modificación de las tarifas o precios.
- b) Modificación del plazo del contrato.
- c) Cualquier otra modificación de las cláusulas de contenido económico del presente pliego.
- d) 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".

Por Resolución de la FRS de 15/04/2009 se declaró desierta la contratación "por la no presentación, a través del Registro de la Fundación, de ofertas por parte de las empresas del sector".

Segundo. En el BOR de 30/11/2009 se licitó de nuevo, por procedimiento abierto, el contrato citado anteriormente. Si bien, el contenido del Pliego de cláusulas administrativas no fue idéntico, ya que en este último pliego se fijó el presupuesto de licitación, sin IVA, en 8.000.000 de euros, en concepto de canon, y el precio, IVA incluido, del contrato se estableció en 9.280.000 de euros (cláusula 5 del Pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas y apartado 8 del cuadro de datos técnico administrativo). El sistema de determinación del precio, al igual que en el pliego anterior, fue el valor de mercado (cláusula 5 del Pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas y apartado 7 del cuadro técnico administrativo). Sin embargo, no se encuentra en la documentación justificación de la causa que motivó que en 9 meses descendiera el precio de licitación en un 50%. La duración del contrato se estableció en 40 años (cláusula 6 del Pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas y apartado 11 del cuadro técnico administrativo). En este pliego, con respecto al pliego de la licitación anterior, han variado también los criterios de adjudicación y su puntuación máxima, ya que en la licitación anterior los criterios de adjudicación fueron dos, a saber: 1. La oferta económica y modelo económico con una máxima puntuación de 500 puntos, y 2. La oferta técnica de la prestación del servicio con una puntuación máxima de 300 puntos, mientras que en este nuevo pliego a los dos criterios de adjudicación antedichos, se les da una puntuación máxima de 600 puntos y 300 puntos respectivamente y, además, se incluye un nuevo criterio de adjudicación, cual es: 3. La reducción en la duración del contrato con una puntuación máxima de 100 puntos. También difieren en este pliego los criterios de valoración de la oferta económica, de modo que, a los criterios del anterior pliego, es decir: a) canon fijo a abonar a la Fundación y b) reducción de tarifas máximas, se incorpora otro nuevo criterio de valoración, denominado canon variable, con una puntuación máxima de 100 puntos (apartado 12 del cuadro de datos técnico administrativo). La cláusula 24 del Pliego de cláusulas administrativas destinada al mantenimiento del equilibrio económico que rigió este procedimiento abierto, no experimentó modificación respecto a la cláusula 24 del pliego que rigió el procedimiento abierto citado en el antecedente de hecho primero.

Por Resolución de la FRS de 18/01/2010 se declaró desierta la contratación "por la no presentación, a través del Registro de la Fundación, de ofertas por parte de las empresas del sector" "permitiendo la contratación mediante procedimiento negociado".

Tercero. Por Resolución de 1/2/2010 de la FRS se autorizó la tramitación del procedimiento negociado sin publicidad al quedar desierta la tramitación por procedimiento abierto. En el Pliego de cláusulas administrativas se fijó el presupuesto de licitación, sin IVA en 8.000.000 €, en concepto de canon y el precio

del contrato, con IVA, se estableció en 9.280.000 € (cláusula 5 del Pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas y apartado 8 del cuadro de datos técnico administrativo). El sistema de determinación del precio fue el valor de mercado (cláusula 5 del Pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas y apartado 7 del cuadro de datos técnico administrativo). La duración se determinó en 40 años (cláusula 6 del Pliego de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas y apartado 11 del cuadro de datos técnico administrativo). Este pliego, además de contener los aspectos económicos y técnicos que han de ser objeto de negociación con las empresas, difiere de los anteriores pliegos que rigieron el procedimiento abierto en algunos aspectos. Así, en lo que concierne al mantenimiento del equilibrio económico, la cláusula 24 dispone:

"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 cláusula, y de acuerdo a la legislación vigente.

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

a) Cuando la Fundación 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 Pliego.

b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones no previstas, tanto de la Fundación como de la Consejería de Salud o del Servicio Riojano de Salud, 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 prevista en el presente Pliego.

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 algunas 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 cláusulas de contenido económico del presente pliego.

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 cláusula 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".

De la comparación de la cláusula 24 de los pliegos que rigieron los procedimientos abiertos, destinada a la regulación del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato y de la correspondiente del Pliego que rigió el procedimiento negociado, comprobamos que, en este, se ha modificado la causa descrita en el apartado 2.b) de los anteriores pliegos, en los que se establecía la obligación de restablecer el equilibrio por causas de fuerza mayor, o por actuaciones de la Fundación que ocasionaran de forma directa la ruptura

sustancial de la economía del contrato, de forma que, en este Pliego del procedimiento negociado, el apartado 2.b) se refiere a las causas de fuerza mayor o actuaciones no previstas tanto de la Fundación, como de la Consejería de Salud o del Servicio Riojano de Salud que modifiquen o alteren de forma sustancial la prestación del servicio o el equilibrio económico del contrato. Es decir, esta cláusula además de añadir las actuaciones no previstas de la Consejería de Salud y del Servicio Riojano de Salud ya no exige que las actuaciones determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, sino que es suficiente con que dichas actuaciones modifiquen o alteren sustancialmente la prestación del servicio. Asimismo, entre las medidas previstas en el apartado 3 de los anteriores pliegos del procedimiento abierto para restablecer el equilibrio económico no se encontraba la compensación económica directa, que se añade en este Pliego y, además, se introduce en el apartado 4 de dicha cláusula un nuevo párrafo, cual es que, para el supuesto de aplicación de la cláusula 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. Igualmente, se incluye entre los derechos del contratista otro que no se encontraba en los pliegos del procedimiento abierto, este es, hipotecar el derecho previa comunicación al órgano de contratación. La introducción de la medida de compensación económica directa en la cláusula 24.3.c) del Pliego que rigió el procedimiento negociado, es, como veremos más adelante, la que ha dado cobertura a las posteriores compensaciones que ha tenido que desembolsar la FRS.

Cuarto. Al procedimiento negociado sin publicidad fueron invitadas las siguientes mercantiles: Estacionamiento Gran Vía, SL; Estacionamientos urbanos de Logroño, SL, y Construcciones Zenón Hernáiz, SA. De las tres mercantiles invitadas solo participó Zenón Hernáiz, SA, quien concurrió junto a otras sociedades, denominadas, Inmobiliaria Ortega, SA, Viña de la Emperatriz, SL, y Rentyal, SL, presentando su oferta, y declinaron la invitación el resto de las sociedades.

Posteriormente, se convocó al grupo de empresas que presentó oferta a la reunión de la negociación de los aspectos negociables que figuran en el apartado 14 del cuadro técnico-administrativo del Pliego, esto es:

"Aspectos económicos y técnicos objeto de negociación.

a) Aspectos económicos.

1. Canon.

2. Inversiones a realizar en el *parking*.

2.1. Inversión inicial.

2.2. Inversión durante el plazo de duración del contrato.

b) Aspectos técnicos de prestación del servicio.

1. Mejoras en los recursos y métodos a aportar para la explotación del servicio.

2. Tarifas y servicios adicionales para diferentes modalidades de uso del *parking*.

c) Otros aspectos.

1. Duración de la explotación".

El resultado de la negociación se refleja en el Acta de 28 de mayo de 2010 del que transcribimos aquí los siguientes acuerdos, por estar directamente relacionados con la cláusula 24 del Pliego citada anteriormente:

"6) El grupo de empresas licitadoras presentará un nuevo modelo económico-financiero del proyecto, sobre la base de un 22% de ocupación permanente en rotación sobre el total de las 615 plazas de que consta el aparcamiento. Este modelo servirá de base para el cálculo del canon variable y del límite del 25% fijado en la cláusula 24 del Pliego para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato.

7) Se acuerda establecer un canon variable sobre el beneficio neto anual antes de impuestos de la Sociedad Contratista, previsto en su modelo económico-financiero del proyecto sobre la base de un 22%

de ocupación permanente en rotación, con el escalado siguiente...".

"9) En el caso del supuesto previsto en la letra d), de la cláusula 24.2 del Pliego, si no se produjera el acuerdo entre las partes para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato en el plazo de un mes desde la presentación de las cuentas auditadas, se aplicará la medida de compensación económica que consistirá en el pago por parte del contratista o de la Fundación según corresponda, de la diferencia entre el beneficio neto real antes de impuestos y el previsto en el modelo económico-financiero".

Y para la cuantificación el beneficio neto real antes de impuestos se debe realizar anualmente por la contratista una auditoría de cuentas, siendo el plazo máximo para la presentación de las cuentas auditadas el 31 de marzo del año siguiente y el primer periodo sujeto a revisión el transcurrido entre la entrada del funcionamiento del *parking* y el 31 de diciembre de 2011 (punto 8 del Acta de negociación de 28 de mayo de 2010).

Es decir, en el procedimiento abierto el riesgo lo asumía el contratista, mientras que en el negociado, aunque la ejecución del contrato se realiza también a riesgo y ventura del contratista, sin embargo, en el supuesto contemplado en la cláusula 24.2.d) para restablecer el equilibrio económico del contrato, en relación con la cláusula 24.3 del Pliego, junto con los acuerdos 6 y 9 del Acta de negociación de 28 de mayo de 2010, se posibilita la exclusión del riesgo.

Quinto. Posteriormente se realizó el informe de valoración de la oferta económica y modelo financiero.

Sexto. Por Resolución de la FRS, de 1 de junio de 2010, se adjudicó provisionalmente el contrato a las sociedades: Construcciones Zenón Hernaiz, SA, Inmobiliaria Ortega, SA, Viña de la Emperatriz, SL, y Rentyal, SL. Estas adjudicatarias se habían comprometido en el Acuerdo 1 del Acta de negociación de 28 de mayo de 2010 a constituir una sociedad mercantil con la denominación de Aparcamiento CIBIR, SL. Dicha mercantil se constituyó el 15 de junio de 2010, sin embargo, la misma fue constituida por las siguientes sociedades: Construcciones Zenón Hernáiz, SA, Inmobiliaria Ortega, SA, Sadori, SL, y Rentyal, SL. Es decir, ha desaparecido de escena, sin que se encuentre en la documentación justificación, una de las mercantiles con las que se negoció y que fue beneficiaria de la adjudicación del contrato, esta es, Viña de la Emperatriz, SL, y entró una nueva, Sadori, SL, que no se sometió al Pliego de condiciones, ni participó en la negociación, ni había sido adjudicataria provisional.

Séptimo. Por Resolución de la FRS, de 2 de julio de 2010, se elevó a definitiva la adjudicación, siendo adjudicataria la mercantil Aparcamiento CIBIR, SL, y con fecha 7 de julio de 2010 se suscribió contrato entre la FRS y la sociedad Aparcamiento CIBIR, SL.

Octavo. El contrato suscrito entre la FRS y Aparcamiento CIBIR, SL, tiene por objeto la explotación, conservación, y mantenimiento del aparcamiento de vehículos en el CIBIR, según los términos y las condiciones especificados en el mismo y los anexos incorporados como resultado de la negociación del contrato por las partes, el Pliego de cláusulas reguladoras de la licitación y prescripciones técnicas y los incluidos por el adjudicatario en su oferta correspondiente en lo no modificado por los anexos al contrato, que de forma inseparable y por este orden de prelación, son parte integrante del contrato.

Noveno. Aunque no consta en la documentación aportada, para la emisión del informe, el Acta de puesta en servicio del aparcamiento, se desprende del Acta de la reunión para la negociación del restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, de fecha 27 de enero de 2012, que el aparcamiento entró en servicio el 8 de agosto de 2010. Igualmente se desprende de la documentación aportada que la mercantil Aparcamiento CIBIR, SL, que presentó el 20 de enero de 2012 el informe de auditoría correspondiente a las cuentas de los ejercicios 2010 y 2011. Asimismo, se indica en el Acta de 27 de enero de 2012, citada, que: "los ingresos y el resultado del ejercicio incluyen la compensación económica pendiente de liquidación al cierre del ejercicio, calculado desde el inicio de la explotación, siendo su distribución por años la siguiente:

Compensación 2010.

717.314,79 €

Compensación 2011.

1.775.762,50 €

Total compensación a 31/12/2011.

2.493.077,29 €".

Se colige del contenido del Acta de negociación del restablecimiento económico de fecha 27 de enero de 2012, y del Informe de auditoría de las cuentas, que el presupuesto habilitante, para que la contratista incluyera en la cuenta de la sociedad la compensación económica pendiente de liquidar (2.493.077,29 €), fue el previsto en la cláusula 24.2.d) del pliego, dado que se aplicó el Acuerdo 9 del Acta de negociación de 28 de mayo de 2010, operando la compensación económica establecida en el mismo. De modo que con dicha compensación se neutralizaban las pérdidas de los ejercicios 2010 y 2011 por importes de 241.697,30 € y 600.206,54 € respectivamente y, además, se satisfacía el beneficio previsto para esos ejercicios, que no se había obtenido, ascendente a 475.617,49 € y 1.175.555,97 € respectivamente, lo que totaliza la cifra anterior. Según consta en el informe de auditoría de la cuenta de 2012, la compensación correspondiente a dicho ejercicio se calculó en la cuenta de la contratista en 1.767.896,76 € de los que 576.742,84 € correspondía a las pérdidas del referido ejercicio y 1.191.153,92 € correspondía al beneficio previsto en el modelo económico, que no había sido obtenido. Posteriormente, se calcularon las compensaciones correspondientes a los ejercicios siguientes, de manera que, según consta en la comunicación efectuada el 19 de mayo de 2016 por la contratista a la FRS, resulta que en el ejercicio 2013 la compensación ascendía a 1.786.555,01 €, en el ejercicio 2014 ascendió a 1.766.977,60 €, y en el 2015 se cifró en 1.777.573,13 €. De tal forma que el cálculo de la compensación total de los ejercicios 2010 a 2015 se cifró en 9.592.079,79 €, de los que 2.898.848,56 € correspondían a las pérdidas y 6.693.231,23 € al beneficio que se había previsto en el modelo económico y que no se obtuvo. De estas cantidades la FRS liquidó para el 19 de mayo de 2016 la cantidad de 3.504.033,03 €, siendo la cantidad adeudada entonces 6.088.046,76 €.

Los pagos realizados por la FRS lo fueron a cuenta del resultado reflejado en el informe de auditoría, sujeto a posteriores acuerdos que pudieran alcanzarse en orden a restablecer el equilibrio económico-financiero de la explotación del aparcamiento (Actas de restablecimiento del equilibrio económico de 27 de enero de 2012 y de 13 de marzo de 2013 y documento de modificación de contrato de 19 de septiembre de 2013 al que nos referiremos posteriormente).

Décimo. El 31 de julio de 2012, se reunió la FRS con la contratista y en el acta de la reunión de negociación para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato se indica que:

"Ambas partes están de acuerdo en la necesidad de acometer estudios acerca de la viabilidad de la explotación del aparcamiento, por lo que acuerdan fijar una nueva reunión para el próximo 3 de septiembre, en la cual a la vista de la información recopilada proceder a un nuevo análisis de la situación y a la toma de las decisiones que correspondan".

Undécimo. El 3 de septiembre de 2012 se celebró la siguiente reunión para el restablecimiento del equilibrio económico y en el acta levantada se indica que se han puesto en marcha medidas tendentes a fomentar la viabilidad de la explotación del aparcamiento, como han sido: actuaciones llevadas a cabo en determinados viales que circundan el Hospital San Pedro (HSP) (señalización de prohibido aparcar, colocación de bolardos, colocación de cepos abatibles), para impedir el estacionamiento en zonas distintas de las habilitadas para aparcamiento con el fin de potenciar el uso del aparcamiento en el CIBIR.

Duodécimo. Con posterioridad, en el Acta de la reunión de 13 de marzo de 2013 para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se acordó abrir un periodo de negociación para buscar una solución que permitiera mantener la concesión y modificar los términos de la misma al objeto de buscar el equilibrio

económico-financiero a largo plazo.

Decimotercero. El 19 de septiembre de 2013 se reúne el patronato de la FRS y acuerda la modificación del contrato para la explotación, conservación y mantenimiento de vehículos en el CIBIR porque, según consta en el acta levantada, el deterioro de la situación económica general ha provocado la modificación de las condiciones en las cuales se hizo el estudio de demanda inicial de las zonas de aparcamiento del recinto hospitalario, lo que ha ocasionado que se haya roto el equilibrio económico-financiero establecido en el contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes, lo que obliga a un replanteamiento de la situación y a la búsqueda de nuevas condiciones para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero, habiéndose llegado a un acuerdo con la concesionaria para fijar un periodo transitorio desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2016, estableciéndose una serie de obligaciones y compensaciones económicas entre las partes y unas bases por si finalizado el periodo transitorio se acordara de común acuerdo la resolución del contrato, ya que, con ello se elude la compensación económica exigida por la sociedad concesionaria, y en su lugar, se fija una compensación anual durante el periodo transitorio y la posibilidad de recuperar beneficios de explotación, teniendo los importes aportados la consideración de aportaciones a cuenta del equilibrio económico del contrato y, que, dada la trascendencia del acuerdo se ha solicitado y obtenido informe favorable de los servicios jurídicos, sometiendo al patronato de la FRS la aprobación y firma del acuerdo. En esa misma fecha, el entonces director general de los servicios jurídicos del Gobierno de La Rioja, emite informe a instancia de la FRS sobre el citado acuerdo en el que se indica que concurren los elementos que permiten informar favorablemente la modificación y así dice:

"En todo caso, esta Dirección General estima que concurren en este expediente todos los elementos que permiten informar favorablemente la modificación. Ello, porque se observa la existencia de los elementos materiales (interés público y carácter imprevisible de la causa de la modificación) y formales (inexistencia de oposición del contratista e informe del servicio jurídico)".

En primer lugar, es de señalar que, efectivamente, la rotura del equilibrio económico-financiero del contrato fue imprevisible. Debemos recordar que este equilibrio se fijó muy por debajo de los límites mínimos señalados por el estudio de demanda elaborado por el Banco Santander, a pesar de lo cual, lo cierto es que la realidad ha superado negativamente las previsiones más pesimistas tal y como expresa el informe del gerente de la FRS: "todas estas negociaciones han tenido lugar como consecuencia del deterioro de la situación económica general padecido en estos últimos años, que han modificado sustancialmente las condiciones en las cuales se hizo el estudio de demanda inicial de las zonas de aparcamiento del recinto hospitalario, como consecuencia de ello, se ha roto el equilibrio financiero fijado en el contrato firmado, por causas manifiestamente ajenas a la voluntad de las partes, lo que obliga a un replanteamiento de la situación y la búsqueda de unas nuevas condiciones para el restablecimiento del equilibrio económico-financiero sobre el que se asienta el contrato.

Por su parte, esta Dirección General también considera que esta modificación protege adecuadamente el interés general que expresa. En particular, desde el punto de vista de la FRS, se pretende articular una modificación que impida una aplicación reiterada de la cláusula 24 del contrato mediante la técnica de la compensación directa. En este sentido, los números que se deducen de las auditorías practicadas, podrían dar lugar a entregas directas a fondo perdido al contratista siempre que se mantengan las condiciones actuales de utilización del servicio, lo que puede presuponer un perjuicio para los fondos públicos. Siempre visto desde el lado del poder adjudicador, el nuevo sistema económico-financiero convierte las entregas directas en entregas a cuenta de beneficios futuros o del régimen de resolución contractual. Es por ello que la presente modificación se estima correctamente motivada en términos de interés público".

Decimocuarto. En el documento de 19 de septiembre de 2013, por el que se instrumentaliza la modificación del contrato de 7 de julio de 2010, se indica que en la actualidad la crisis económica sostenida y

grave ha afectado a los ingresos de la gestión del aparcamiento, no cumpliéndose las expectativas previstas en el modelo económico-financiero del contrato lo que ha roto sustancialmente el equilibrio económico-financiero del mismo. Así las cosas, se optó por establecer un régimen transitorio en el que se deja en suspenso de forma temporal la aplicación de algunos pactos contractuales y se fijan otros complementarios. De forma que se fija un periodo transitorio en la explotación del aparcamiento de 1/1/2013 hasta 31/12/2016, durante el cual la FRS, con la colaboración de la Consejería de Salud, se compromete a efectuar actuaciones destinadas a incentivar la utilización del aparcamiento, entre ellas, el cerramiento de la parcela libre de aparcamiento situada al oeste del HSP antes de septiembre de 2015 para que su utilización se realice mediante el abono de precio público. Además, se acuerda en el citado documento de modificación de contrato que:

"C) La Fundación Rioja Salud abonará a APARCAMIENTO CIBIR, SL, durante la vigencia del periodo transitorio una cuantía económica anual máxima que comprenderá los siguientes conceptos:

La dotación a la amortización contable del inmovilizado que cada año dote la sociedad explotadora y que en el ejercicio 2012 ha ascendido a 216.622,71 euros.

Los costes anuales financieros de la explotación, esto es los intereses del capital desembolsado en concepto de canon e inversiones iniciales realizadas (8.150.000 euros) al tipo de interés del 5% anual.

Del importe resultante se detraerá el canon anual de 20.000 euros fijado en concepto de compensación de los servicios generales prestados a Aparcamiento CIBIR, SL.

Igualmente se deducirá, en el caso de que sea positivo, el resultado de explotación que pudiera obtener Aparcamiento CIBIR, SL. En caso contrario, el importe a abonar se incrementará en el déficit de explotación anual, con un límite máximo de 75.000 euros. Para el cálculo del resultado de explotación se excluirá la dotación a la amortización y para su verificación se realizará una auditoría de cuentas anuales de cada ejercicio que será entregada a la Fundación antes del 31 de enero del año siguiente...

Todas las aportaciones que se realicen al amparo del presente contrato serán consideradas como APORTACIONES A CUENTA DEL EQUILIBRIO económico-financiero del contrato.

En el caso de que tras el periodo transitorio las partes optasen por la resolución contractual de mutuo acuerdo, estas cantidades se descontarán íntegramente de la cantidad total a abonar por la Fundación en los términos que se detallan en el pacto 4 de este contrato".

En el pacto 4 del documento de modificación del contrato se establece para el caso de resolución contractual al finalizar el periodo transitorio (31/12/2016), que se amplió posteriormente, en principio hasta el 1 de abril del 2017 y después hasta el 30 de abril de 2018 (Según consta en las actas de reunión de la FRS y de la contratista de fechas 26 de enero y 8 de junio de 2016), lo siguiente:

"Fundación Rioja Salud hará efectiva a Aparcamiento CIBIR, SL, antes del 30 de abril de 2017 (fecha prorrogada hasta el 30 de abril del 2018 en Acta de 8 de junio de 2016), una compensación por el valor patrimonial equivalente al valor de:

- a) La inversión total (canon 8.000.000 euros) satisfecha.
- b) Las inversiones iniciales efectuadas y en su caso las de reposición.
- c) Los costes financieros del canon inicial aportado y de las inversiones (8.150.000 euros en la actualidad), calculados al 5% anual y por el tiempo transcurrido desde el inicio de la explotación.
- d) Una cantidad compensatoria de los costes de oportunidad y de la gestión efectuada del aparcamiento durante la vigencia efectiva del contrato que se pacta en 300.000 euros anuales".

De lo anterior se deducirá, los anticipos abonados a cuenta por FRS con anterioridad al periodo transitorio fijado en el documento, los anticipos efectivamente abonados a cuenta por FRS en el periodo

transitorio, y los beneficios después de impuestos.

Asimismo, se acordó que "si se llegara a la resolución del contrato, Fundación Rioja Salud se compromete a gestionar directamente la explotación del *parking*, sin proceder a una nueva concesión en un plazo no inferior a 10 años. En el supuesto de que Fundación Rioja Salud incumpliera esta cláusula, la cantidad compensatoria reflejada en el apartado d) anterior aumentaría hasta 400.000 euros anuales durante la vigencia efectiva del contrato, pagando las cantidades resultantes a la firma del contrato de adjudicación de la nueva concesión".

Igualmente, en el Acuerdo 7 se establece que "quedan suspendidas y sin efecto las cláusulas del contrato formalizado el 7 de julio de 2010, así como el acta de la reunión para la negociación de fecha 28 de mayo de 2010, incorporada como anexo I del mismo, en todo aquello que contravenga lo dispuesto en el presente documento y por el periodo de vigencia establecido".

Decimoquinto. Posteriormente, en el Acta de la reunión de 26 de enero de 2016 la FRS en colaboración con las Consejería de Salud y la Consejería de Administración Pública y Hacienda le comunican a la contratista Aparcamiento CIBIR, SL, que, cumpliendo con el acuerdo de 19 de septiembre de 2013 se han iniciado las tareas para cerrar el aparcamiento libre situado al oeste del HSP y que quedará cerrado y condicionado su uso al abono del precio público antes del 1 de marzo de 2016 y se acordó también ampliar la duración del periodo transitorio hasta el 1/4/2017, después prorrogado por Acta de 8 de junio hasta el 30 de abril de 2018 y, por ende, los plazos establecido en la estipulación 4 del acuerdo de 19/9/2013.

No obstante, en la reunión de 8/6/2016 se da cuenta de que no ha sido posible cerrar el aparcamiento situado al oeste de HSP antes del 1 de marzo de 2016 y se acuerda fijar nueva fecha para 1/7/2016. Se acuerda ampliar nuevamente el periodo transitorio hasta el 30/4/2018 y, por tanto, los plazos establecidos en la estipulación 4 del acuerdo de 19/9/2013. Asimismo, se acuerda que la compensación económica a abonar por la FRS a Aparcamiento CIBIR, SL, conforme a la cláusula 1.C) del Acuerdo de 19 de septiembre de 2013 se incremente en el importe del impuesto sobre beneficios, calculados en la cuenta de pérdidas y ganancias auditadas a la sociedad y que dicha compensación será considerada como aportación a cuenta del equilibrio económico-financiero del contrato, a semejanza de las restante aportaciones pactadas.

Por todo lo expuesto, y una vez aprobado el Dictamen de la Comisión de Investigación, en sesión plenaria de 14 de marzo de 2019, el Grupo Parlamentario Ciudadanos, en tiempo y forma, emite el siguiente:

VOTO PARTICULAR

Procede plantearse la posibilidad de que las conductas descritas pudieran subsumirse dentro del tipo penal de Administración desleal del artículo 252 del CP vigente, que recoge el tipo de delito del artículo 295 que estaba en vigor en el momento de la celebración del contrato, hoy suprimido por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, toda vez que las modificaciones sustanciales introducidas en el procedimiento negociado respecto al procedimiento abierto, además de contravenir, a mi entender, el artículo 154.c) de la Ley 30/2007, aplicable por razones temporales, a cuyo precepto se sometió la FRS en la Resolución de 1 de febrero de 2010, han provocado por efecto de la cláusula 24.2.d) del Pliego, en relación con los Acuerdos 6 y 9 del Acta de negociación de 28 de mayo de 2010, unas compensaciones desproporcionadas para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. No en vano, se ha cuantificado la compensación a satisfacer por la FRS a la mercantil Aparcamiento CIBIR, SL, por los ejercicios 2010 a 2015, en el importe de 9.592.079,79 €, es decir, la compensación calculada por estos 5 años, es superior al canon satisfecho por la indicada mercantil a la FRS por la explotación del aparcamiento durante 40 años. Sin perjuicio de que la combinación de las cláusulas 24.2.d) y 24.3 del Pliego y los Acuerdos 6 y 9 del Acta de negociación de 28 de mayo de 2010, posibilitan que la compensación comprenda, no solo, los resultados negativos, sino también el beneficio previsto en el modelo económico-financiero del contrato, que no se haya obtenido. Tan es así, que de la compensación calculada para los ejercicios 2010 a 2015, esto es, 9.592.079,79 €, resulta que 2.898.848,56 €

correspondían a las pérdidas y 6.693.231,23 € al beneficio que se había previsto en el modelo económico y que no se obtuvo. Y todo ello sin que se haya procedido a revisar el modelo económico del contrato que establece la cláusula 24.4 del pliego. Es decir, al aceptar los Acuerdos 6 y 9 del Acta de negociación, junto con la cláusula 24.2.d) del Pliego, –que permiten la compensación de los beneficios previstos en el modelo económico del contrato, que no se obtengan durante la ejecución del mismo–, se ha contraído una obligación que puede entenderse desproporcionada y que puede vulnerar el deber de una recta administración por excederse en el ejercicio de las facultades de administración, a lo que hay que añadir que cuando esos acuerdos han sido aplicados y han dado lugar a las compensaciones indicadas, no se procedió a revisar el modelo económico del contrato, para aliviar la carga de la FRS, lo que podría entenderse como una omisión en el ejercicio de las facultades de administración.

Estas conductas, a juicio del Grupo Parlamentario Ciudadanos han causado un detrimento al patrimonio de la FRS que se ha materializado en que se ha visto privada de la posibilidad de disponer de las cantidades que satisfizo a Aparcamiento CIBIR, SL, esto es, 3.504.033,03 € hasta el 19 de mayo de 2016, porque el hecho de que su pago lo haya sido a cuenta del restablecimiento económico del contrato, sin perjuicio también de tenerse en cuenta en el caso hipotético de que la liquidación económica del contrato aporte beneficios futuros, no implica que no se haya causado perjuicio, ya que, se le ha privado de su posesión y de la posibilidad de hacerlas figurar en su patrimonio como disponibles durante el tiempo que discurre desde la realización de los pagos hasta que concluya, en su caso, expediente de restablecimiento económico o la liquidación del contrato.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal núm. 31/2017 de 26 de enero (RJ/2017/349) dispone: "En la STS n.º 700/2016, de 9 de septiembre (RJ 2016, 4411), con cita de la STS 163/2016, 2 de marzo (RJ 2016, 788), se hace referencia a la más reciente doctrina jurisprudencial que establece como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal la disposición de los bienes con carácter definitivo en perjuicio de su titular (caso de la apropiación indebida) y el mero hecho abusivo de aquellos bienes en perjuicio de su titular pero sin pérdida definitiva de los mismos (caso de la administración desleal), por todas STS 476/2015, de 13 de julio (RJ 2015, 3592). En consecuencia en la reciente reforma legal operada por la Ley Orgánica 1/2015, el artículo 252 recoge el tipo de delito societario de administración desleal del artículo 295 derogado, extendiéndolo a todos los casos de administración desleal de patrimonios en perjuicio de su titular, cualquiera que sea el origen de las facultades administradoras... la simple privación de la posibilidad de disponer de un dinero que es propio, o de mantenerlo en el patrimonio a disposición de su titular, ya constituye un perjuicio, aunque no se concrete en una imposibilidad de utilizarlo en relación con un negocio concreto o una operación determinada. La sociedad perjudicada tenía derecho a tener a su disposición el dinero, y se vio privada de esa disponibilidad".



BOLETÍN OFICIAL DEL PARLAMENTO DE LA RIOJA

Edita: Servicio de Publicaciones

C/ Marqués de San Nicolás 111, 26001 Logroño

Tfno. (+34) 941 20 40 33 – Ext. 219

Fax (+34) 941 21 00 40