



En Logroño, a 2 de febrero de 2024, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. José Ignacio Pérez Sáenz; y de los Consejeros D^a. Amelia Pascual Medrano, D^a. Ana Reboiro Martínez-Zaporta y D^a. M^a. Belén Revilla Grande; y del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Serrano Blanco; y siendo ponente D^a. Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

3/24

Correspondiente a la consulta facultativa formulada por la Excm. Sra. Consejera de Economía, Innovación, Empresa y Trabajo Autónomo del Gobierno de La Rioja sobre la *Consulta facultativa del Consejo de Gobierno sobre el cumplimiento normativo en el proyecto del Centro Logístico Intermodal de La Rioja (CLIR)*.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Los hechos relevantes, a los efectos de esta consulta, se hallan resumidos en el informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos:

“-Durante el primer semestre de 2021, X adquiere una nave industrial en el Polígono Industrial El Sequero con el fin de convertirlo en el Centro Logístico Intermodal de La Rioja (CLIR), que le posibilita, además de seguir desarrollando su actual actividad de transporte de mercancías por carretera, acceder al transporte de mercancías por ferrocarril. Así resulta del Informe de A obrante en el expediente remitido. Nos encontramos pues ante una iniciativa puramente privada que busca el mantenimiento y la ampliación de la actividad empresarial de X.

-El proyecto de Inversión de X fue declarado de interés estratégico para La Rioja por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 2022 con los efectos que se establecen en dicho acuerdo:

1.º Las inversiones declaradas de interés estratégico tendrán en sus distintos trámites un impulso preferente y urgente ante cualquier Administración Pública y órgano del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja (artículo 29.1.a) de la Ley 7/1997, de 3 de octubre).

2.º Los plazos ordinarios de los trámites administrativos previstos en la normativa de la Comunidad Autónoma de La Rioja se reducirán a la mitad, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos, a los procedimientos de concurrencia competitiva, a los de naturaleza fiscal y a los de información pública (artículo 29.1.b) de la Ley 7/1997, de 3 de octubre).



3.º Las inversiones incluidas en la declaración de interés estratégico regional se beneficiarán de las primas de intensidad de ayuda que pudieran establecerse en las correspondientes bases reguladoras y/o convocatorias de las subvenciones, en los términos establecidos por las mismas (artículo 29.1.c) de la Ley 7/1997, de 3 de octubre).

-La Fundación [Ciudad del Envase y el Embalaje] es una organización sin ánimo de lucro, constituida en fecha 9 de diciembre de 2021 y cuyo patrimonio se halla afectado a la realización de los fines de interés general propios de la Institución. Se trata de una fundación pública del Gobierno de La Rioja, creada para impulsar el proyecto Ciudad del Envase y el Embalaje y, en concreto, la puesta en marcha del Centro Nacional de Tecnologías del Envase, dedicado a la I+D+i y el escalado industrial de soluciones para la industria.

-La Fundación llegó a un acuerdo con X consistente en la subrogación en la ejecución de la obra que estaba llevando a cabo la mercantil en los terrenos de su propiedad, relativa a la construcción de una Terminal Intermodal. En este sentido, se acordó que sería la Fundación la que, a partir de junio de 2022, realizara la construcción del CLIR, bajo la figura del derecho de superficie.

-Mediante escritura pública autorizada por el Notario de Logroño, N el 3 de junio de 2022 bajo el número 1270 de orden de su protocolo, se constituyó el derecho de superficie. Interesa destacar:

- *El derecho de superficie tiene una duración de treinta y tres. Transcurrido ese plazo, la edificación revertiría y pasaría a ser propiedad del dueño del suelo (X), sin indemnización alguna.*
- *La constitución del derecho de superficie tenía carácter gratuito, sin contraprestación alguna por parte de la Fundación.*
- *La constitución de este derecho de superficie estaba ligada a la cesión de uso de lo construido y afectado por el derecho de superficie en los términos pactados en un compromiso de contrato de comodato. Se configuraba como causa de resolución.*
- *El derecho de superficie suponía:*
 - *La construcción de una terminal intermodal en los términos establecidos en el Proyecto de X y el contrato de construcción suscrito con Y.*
 - *El mantenimiento de la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones ya realizadas y las que se realizarían en la zona afectada por el derecho de superficie.*
- *La construcción debía realizarse en tres años, el presupuesto de ejecución total se fijaba en contratos suscritos por el dueño del suelo.*

-Mediante escritura pública autorizada por el Notario de Logroño, N el 3 de junio de 2022 bajo el número 1271 de orden de su protocolo, se ratifica y eleva a público el compromiso de contrato comodato suscrito en la misma fecha entre la Fundación como comodante y X como comodataria. Interesa destacar:

- *Que el compromiso de comodato tiene por objeto la cesión de uso gratuito de lo construido al amparo del derecho de superficie antes visto.*



- *El contrato privado de compromiso de comodato, suscrito en la misma fecha 3 de junio, contiene las siguientes estipulaciones:*
 - *Las partes estiman que el valor del Puerto Seco con todas sus instalaciones asciende a 3.650.000 euros.*
 - *Comodante y comodataria acuerdan que, una vez finalizada la construcción de las instalaciones del Puerto Seco, el uso del mismo será cedido a la comodataria sin que esta última deba pagar renta, retribución ni emolumento alguno.*
 - *La comodataria recibirá el uso del bien para el desarrollo de su actividad mercantil y para su gestión, siendo preciso abrir la posibilidad de uso a otras empresas o usuarios a cambio de una tarifa, que deberá ser competitiva en el mercado.*
 - *El contrato de comodato tendrá una vigencia de 30 años desde la fecha de entrega del bien. Una vez finalizado el plazo del comodato, la comodataria adquirirá la plena propiedad del bien cedido”.*

Segundo

La *Fundación de la Ciudad del Envase y del Embalaje* (en adelante, *La Fundación*), solicito informe a la empresa *S*, con el fin de que revisase el cumplimiento normativo de las diferentes actuaciones realizadas por *la Fundación* en la construcción y puesta en marcha del CLIR y, en concreto, la *idoneidad de las figuras de derecho de superficie y compromiso de comodato en la ejecución de fines para los que la Fundación fue constituida*.

Con fecha, 24 de octubre de 2023, *S* emitió el referido informe (fols. 3721 a 3770 del expediente).

Tercero

Mediante escrito de 17 de noviembre de 2023, la Sra. Consejera de Economía, Innovación, Empresa y Trabajo Autónomo planteó al Consejo una consulta a fin de que se pronunciase sobre la conformidad con las conclusiones incluidas en el “*Informe de cumplimiento normativo en el marco del proyecto del Centro Logístico Intermodal de La Rioja*” (CLIR), elaborado por la empresa *S* y fechado el 24 de octubre de 2023.

Cuarto

La consulta se acompaña de un informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 13 de noviembre de 2023, que tras analizar el informe de *S* concluye:

“El relato fáctico contenido en el informe de S y la documentación remitida nos permiten compartir el criterio de la Consejería sobre la conformidad con los argumentos y conclusiones reflejados en el

informe de la empresa auditora con las observaciones realizadas en el presente informe”.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 17-11-2023, y registrado de entrada en este Consejo el mismo día, la Sra. Consejera de Economía, Innovación, Empresa y Trabajo Autónomo del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, la consulta sobre el asunto referido, junto a diversa documentación relacionada y el informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 21-11-2023, 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

Asignada la ponencia en el mismo mes de noviembre, por incidencias internas hubo que reasignarla en diciembre a la Consejera señalada en el encabezamiento. La correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Competencia del Consejo Consultivo para evacuar mediante dictamen la consulta de carácter facultativo formulada por un Consejero del Gobierno de La Rioja.

La consulta se nos dirige al amparo de los arts. 10.1 y 12. e) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja.

A tenor del primero, *“El Consejo Consultivo de La Rioja emitirá dictamen en cuantos asuntos le sometan a su consulta el Presidente del Gobierno de La Rioja, el Gobierno de La Rioja o sus Consejeros”*. Tras ello, el art. 12, establece que dicho dictamen pueda



recabarse, con carácter facultativo, en los asuntos que relaciona. Uno de ellos, el de su letra e), prevé lo siguiente: “*Cualquier otro cuando lo requiera su especial trascendencia o repercusión a juicio del órgano solicitante*”.

Estamos, por tanto, en el ámbito de las consultas facultativas, esto es consultas que no se prescriben en la Ley del Consejo Consultivo o en otra disposición legal, pero pueden ser formuladas por aquellas entidades y organismos a los que la Ley del Consejo les reconoce dicha facultad.

A tenor de ello, en este caso resulta clara la competencia del Consejo para evacuar el presente dictamen, toda vez que la consulta ha sido presentada por una Consejera del Gobierno de La Rioja, y viene motivada por la “*trascendencia o repercusión*” de la cuestión planteada.

A estos efectos, el tenor literal del art. 12 e) determina expresamente que la apreciación de la dicha “*trascendencia o repercusión*” corresponde al órgano solicitante, de modo que el Consejo Consultivo, de cara a la admisión de la consulta, no se halla habilitado, a salvo de supuestos extraordinarios que presenten un claro carácter arbitrario o irracional, para enjuiciar la concurrencia o entidad de dicho presupuesto.

Segundo

Documentación y ámbito general de la intervención del Consejo Consultivo en consultas facultativas

1. La consulta se nos ha formulado acompañada de una extensísima documentación (3.786 páginas), que incluye:

La documentación remitida a S por la *Fundación de la Ciudad del Envase y del Embalaje* para la elaboración del informe de cumplimiento normativo (relativa a la declaración de interés estratégico para La Rioja del proyecto de inversión de X; a la constitución de un derecho de superficie; al contrato de compromiso de comodato, a la Fundación, a la financiación del Gobierno de España y de La Rioja para la creación del Centro Nacional de Tecnologías del Envase, al proyecto constructivo del CLIR o a solicitudes a la ADER).

Informe sobre revisión de cumplimiento normativo en el marco del proyecto del Centro Logístico Intermodal de La Rioja de fecha 24 de octubre de 2023 elaborado por S.

Solicitud de informe preceptivo previo respecto a las conclusiones emitidas por la empresa S en él, por parte de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Innovación, Empresa y Trabajo Autónomo de fecha 30 de octubre de 2023.

Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, de 13 de noviembre de 2023, respecto a las conclusiones emitidas en el informe de S.



En suma, se ha dado cumplimiento a lo preceptuado en el art. 40 de nuestro Reglamento, relativo a la documentación que debe remitírsenos para dictaminar.

Al respecto, cabe recordar que, aun cuando en relación a las consultas facultativas, este Consejo ya ha tenido oportunidad de señalar, que no puede exigirse el mismo rigor en el cumplimiento de las exigencias reglamentarias (D.34/99), es del todo conveniente acompañar las consultas de cuanta documentación pueda allegarse (D.8/99) y, en cualquier caso, debe incluirse —como se ha hecho en la consulta que nos ocupa— un informe jurídico, que debe realizar el órgano encargado de la asistencia jurídica de la entidad consultante (art. 40.1. d) de nuestro reglamento). Éste constituye un mínimo imprescindible en orden a asegurar el correcto desenvolvimiento de nuestra función y, por ende, debe acompañar a cualquier consulta.

2. En cuanto al ámbito de nuestro dictamen, al igual que en las consultas preceptivas, no puede ser otro que el determinado por el art. 2.1 de nuestra Ley. Por tanto, debemos examinar la adecuación de las actuaciones examinadas al ordenamiento jurídico, sin entrar en cuestiones de oportunidad o conveniencia, dado que no nos han sido solicitadas.

A este respecto, conviene aclarar que el objeto de este dictamen no incluye el análisis de los hechos. La Fundación encargó un informe a una auditoría para que estudiara su actuación en relación a la construcción del CLIR y el Gobierno lo que nos solicita es un dictamen respecto de las conclusiones del informe resultado de dicha auditoría.

Pese a ello, debemos dejar también constancia de que no disponemos de toda la documentación del caso. Debemos, pues, de dar por buenas las afirmaciones del informe de la auditoría y abordar la consulta a partir de las mismas —que es en realidad lo que se nos ha solicitado—, al modo clásico que se plasma en el brocardo latino *da mihi factum, dabo tibi ius*.

En suma, se toman por buenos los gastos que se afirman en el informe de la auditora, si bien conviene enumerar la documentación que se conoce por referencias, pero de la que no hay constancia en el expediente remitido:

-Facturas. No constan los pagos de la obra. Ni la factura de 1.510.372,79 euros que la auditoría fecha el 21 de junio de 2022, ni ninguna otra.

Las únicas facturas remitidas son: una, del Registro de la Propiedad de fecha 31 de agosto de 2022; Otras dos, por la “*cesión de uso constituido mediante escritura pública de agrupación y constitución de derecho de superficie de 03/06/2022 otorgada ante el Notario de Logroño N con el nº 1270 de protocolo. Importe correspondiente a junio-diciembre 2022*”, de la que consta la factura 220548 de X dirigida a la Fundación y la factura 1/2022 de la Fundación dirigida a X, ambas de



fecha 31 de diciembre de 2022 y por el mismo importe.

La escritura de superficie dice que *“incorpora relación de facturas satisfechas hasta el día de hoy”*, a tal efecto, hay un certificado anexo, sin fecha ni firma, con un listado de facturas por un importe global de 1.500.257,29 euros.

-Pagos. No consta el abono de ninguna obligación.

El informe de auditoría afirma que la factura de 1.510.372,79 euros está abonada. Pero no hay ningún documento contable o bancario que lo acredite.

Tampoco hay constancia del abono a *la Fundación* de los 3.650.000 euros que derivan de la Adenda de 30 de diciembre de 2022. Evidentemente habrá documentos contables y un expediente que justifique y acredite dicho pago del Gobierno, pero no consta entre la documentación remitida.

Igualmente, no hay constancia de operaciones presupuestarias que se pudieran haber realizado con los créditos correspondientes.

-Contratos. En el expediente constan las escrituras de superficie y de compromiso de comodato, pero no hay ningún contrato de obra para construcción del CLIR.

En la escritura de superficie de 3 de junio de 2022 se afirma que *“El superficiario se subrogará en los contratos suscritos por el dueño del suelo. El superficiario tiene pleno conocimiento de su contenido...”*.

Entre la documentación del expediente no están ni los contratos en los que se subroga *la Fundación*, ni ningún otro que haya podido celebrar ésta para cumplir con el compromiso de construir la parte del CLIR a la que se obligó con la adquisición del derecho de superficie.

-Tarifas. El informe de la auditoría afirma que entre la documentación analizada para elaborar su informe no constaba *“ningún documento adjunto relativo a las tarifas aprobadas”*.

Por referencias en el compromiso de comodato, escritura de 3 de junio de 2022 y documento privado adjunto, se dice (estipulación segunda del documento privado) que la explotación del puerto seco se hará *“mediante una tarifa que en todo caso deberá ser competitiva en el mercado, en atención al carácter público de la propiedad, durante el tiempo del comodato. La comodataria deberá comunicar la tarifa a la comodante antes de hacerse pública, que deberá revisarla, aprobarla y dar conformidad en el plazo de 10 días hábiles”*.



En el acta del Patronato de *la Fundación* de 3 de junio de 2022 se dice que X ha presentado, el 31 de mayo de 2022, una solicitud de aprobación de tarifas, acompañada de un documento anexo “*en la línea de las que aplican las dos estaciones similares que se encuentran en las Comunidades vecinas...*” y que “*se adopta el acuerdo de aprobar la tarifa de precios propuesta... Dicha lista de tarifas de precios, firmada por la empresa, queda incorporada al presente acta*”.

-Con los datos facilitados, y sin la documentación antedicha, tampoco está claramente definido el objeto del compromiso de construcción del CLIR. La escritura de superficie excluye algunos terrenos de uso restringido y señala otros de uso común, y el proyecto de obra tiene una extensión, tanto superficial como económica muy superior al compromiso adquirido con la escritura de superficie.

Tercero

Resumen de las actuaciones objeto de examen

1. En esencia, el proceso examinado por la empresa auditora es, a la vista de los antecedentes obrantes en el expediente, el siguiente:

i) *La Fundación Ciudad del Envase y del Embalaje* (fundación pública del Gobierno de La Rioja) creada para impulsar el proyecto Ciudad del Envase y el Embalaje, entiende que el proyecto de inversión, que estaba llevando a cabo la entidad privada X, para la creación de Centro Logístico Intermodal en La Rioja se adecua al objeto e interés de *la Fundación*.

-X había adquirido una nave industrial en el Polígono Industrial El Sequero con el fin de convertirlo en el Centro Logístico Intermodal de La Rioja (CLIR), el cual le posibilitaba, además de seguir desarrollando su actual actividad de transporte de mercancías por carretera, acceder al transporte de mercancías por ferrocarril. Nos encontramos pues ante una iniciativa puramente privada, que busca el mantenimiento y la ampliación de la actividad empresarial de X y se realizaría con medios propios (prevé: financiación ajena del 65%; fondos propios del 29% y ayudas públicas derivadas de distintas convocatorias del 5%).

-El proyecto de Inversión de X fue declarado de interés estratégico para La Rioja (PIER, en adelante) por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 23 de marzo de 2022 con los efectos que se establecen en dicho acuerdo: impulso preferente y urgente, acortamientos de plazos y primas de intensidad de ayuda. En dicha declaración, se recoge que este llamado puerto seco o plataforma intermodal es beneficioso para todo el tejido empresarial riojano y, en particular, para el proyecto Ciudad del



Envase y del Embalaje.

ii) Sobre esa base, *la Fundación* busca una fórmula de colaboración público-privada que permita acelerar el despliegue y la puesta en marcha de esta infraestructura.

A tal efecto acuerda con *X* subrogarse en la ejecución de la obra que estaba llevando a cabo la mercantil en los terrenos de su propiedad, relativa a la construcción de la Terminal Intermodal, a partir de junio del 2022, a través de la figura del **derecho de superficie**.

-Mediante escritura pública de 3 de junio de 2022 se constituyó, en efecto, un derecho de superficie *gratuito* a favor de *La Fundación* por treinta y tres años.

-*La Fundación* asumía, no obstante, la construcción de la terminal intermodal en los términos establecidos en el Proyecto de *X* y el contrato de construcción ya suscrito con *Y*. (la construcción debía realizarse en tres años y el presupuesto de ejecución total se fijaba en 3.650.000 euros). La edificación revertiría a *X* al finalizar el plazo del derecho de superficie, sin contraprestación alguna.

iii) La constitución de este derecho de superficie estaba ligada a un compromiso de **contrato de comodato** entre las mismas partes, de manera que, si finalmente dicho contrato de comodato no fuera suscrito, el derecho de superficie quedaría extinguido. A tenor de este contrato de compromiso comodato, que fue ratificado y elevado a público mediante escritura, el mismo día de 3 de junio de 2022:

-Comodante y comodataria acuerdan que, una vez finalizada la construcción de las instalaciones realizadas al amparo del derecho de superficie paralelamente suscrito, el uso del mismo será cedido a la comodataria sin que esta última deba pagar renta, retribución ni emolumento alguno.

-La cesión tiene un plazo de vigencia de 30 años, desde la fecha de entrega del bien. Una vez finalizado el plazo del comodato, la comodataria adquirirá la plena propiedad del bien cedido.

-Las partes estiman que el valor del Puerto Seco con todas sus instalaciones asciende a 3.650.000 euros.

-La comodataria recibirá el uso del bien para el desarrollo de su actividad mercantil y para su gestión, siendo preciso abrir la posibilidad de uso a otras empresas o usuarios a cambio de una tarifa, que deberá ser competitiva en el mercado. Debe advertirse que, según consta en el Acta de la reunión del Patronato de *la Fundación* el día 3 de junio de 2022, fueron aprobadas las tarifas propuestas por *X*, si bien no



constan en el acta, ni el resto de la documentación disponible. Esta omisión es también subrayada en el informe de S.

iv) Tras la celebración de los contratos de 3 de junio de 2022, el Gobierno de La Rioja y la *Fundación* suscribieron el 30 de diciembre de 2022 una adenda al Convenio de 23 de diciembre de 2021, por la que el Gobierno de La Rioja eleva desde los 3.000.000 euros inicialmente previstos, a 3.650.000 euros, el importe por el que las actuaciones de la *Fundación* serían financiadas en el ejercicio 2022 con cargo a los Presupuestos Generales de la CAR.

v) Conviene, por último, referenciar el iter temporal de las operaciones descritas: obras de construcción (3 años), derecho de superficie (33 años) y comodato (30 años desde la finalización de las obras, de modo que todavía no se ha perfeccionado).

2. A partir de lo anterior, lo que se somete a examen del Consejo es, por tanto, una operación jurídica compleja conformada por dos contratos que entrañan la adquisición por la *Fundación* de un derecho real de superficie sobre un terreno; la adquisición por X de un derecho de uso gratuito, durante un periodo de 30 años, en virtud de un préstamo de uso o comodato de las instalaciones construidas sobre ese terreno; y el compromiso de la *Fundación* de construir una terminal intermodal con un presupuesto de 3.650.000 euros para entregarla a X.

Cuarto

Conclusiones de los informes de la Auditoría y de la Dirección General de los Servicios Jurídicos

El informe de S examina todo este proceso y concluye, desde diversas perspectivas, en un eventual incumplimiento o desajuste en relación con lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

A su vez, la Dirección General de los Servicios Jurídicos han examinado dicho informe y comparten plenamente sus conclusiones.

Ahora bien, ni la auditoría, ni el informe de la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ni la petición de dictamen a este Consejo se refieren o aluden a las posibles consecuencias o efectos de tales *incumplimientos normativos*.

Así las cosas, desde un punto de vista estricto, nuestra obligación es dar respuesta a lo que formalmente se nos consulta, esto es, nuestra conformidad o discrepancia con las conclusiones a las que llega la auditoría de este proceso, pero creemos que nuestra labor



consultiva y su utilidad, requiere no soslayar la determinación de los eventuales efectos que conllevaría la determinación en nuestro dictamen de los aludidos incumplimientos normativos.

Las conclusiones del informe de S. (suscritas también por la Dirección General de los Servicios Jurídicos) serían, básicamente, las siguientes:

-El proyecto CLIR, aun cuando tiene una mayor relación con los fines de otras entidades públicas, puede encuadrarse en los fines propios de *la Fundación*.

-La operación global realizada constituye un acto de enajenación y gravamen de patrimonio de *la Fundación*, que incumple lo previsto al respecto en la normativa de fundaciones. Desde esta óptica se alude:

- Falta de conveniencia para los intereses de *La Fundación* e incumplimiento de la garantía de concurrencia e imparcialidad.
- Ausencia de autorización del Protectorado de *la Fundación* para constituir el derecho de superficie.

-En la subrogación contractual operada no ha aplicado lo previsto en la LCSP.

-La operación en su conjunto es, desde un punto de vista material, una subvención, si bien no se ha aplicado la normativa en dicha materia, pudiendo, por lo demás, llegar a considerarse una ayuda de estado.

-La financiación parece haberse realizado conforme a dos partidas presupuestarias no referidas expresamente al CLIR.

-El tratamiento en el balance de *la Fundación* como activo.

A ellas, aun en distinto orden, dedicaremos los fundamentos que siguen.

Quinto

La financiación de la construcción del CLIR

El informe de la Auditoría, en relación con la cobertura económica-financiera de la Construcción del CLIR, concluye que:

“Según la información suministrada, las facturas correspondientes a la construcción del CLIR o Puerto Seco se financiaron con cargo a dos partidas presupuestarias que estaban previstas en la Ley de Presupuestos de La Rioja para 2022.



Si bien estas partidas presupuestarias no tienen expresamente carácter finalista, lo cierto es que, si acudimos al contenido del convenio de colaboración suscrito entre la Fundación y el Gobierno de la Rioja y a su posterior adenda, la dotación presupuestaria parece haberse realizado únicamente para la construcción del CNTE, sin que se contenga ninguna referencia al CLIR”.

Parece lógico, por tanto, comenzar por examinar el mencionado convenio y la adenda, esto es el gasto de la Comunidad a favor de *la Fundación*, antes de entrar a valorar el gasto que realiza *la Fundación* en beneficio de la mercantil.

1. El convenio para la puesta en marcha del centro nacional de tecnologías del envase

El 23 de diciembre de 2021, el Consejero de Desarrollo Autonómico y la Presidenta *Fundación Ciudad del Envase y el Embalaje* suscribieron un convenio para *“la puesta en marcha y funcionamiento del centro nacional de tecnologías del envase”* (CNTE).

El convenio se suscribe al amparo del art. 34 de la Ley 14/2011 de Ciencia y tecnología para la *“realización conjunta de proyectos y actuaciones de investigación, desarrollo e innovación, de creación o financiación de centros o de financiación de proyectos singulares en materia de cooperación entre agentes públicos y privados del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación”*.

La Fundación tiene la consideración de *“agente del Sistema Riojano de Innovación y de agente público del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación”* (art. 2 Estatutos). A nuestros efectos, interesa destacar la redacción de algunas de sus cláusulas:

CLAUSULA 1 *“El presente convenio financiará la construcción, el equipamiento, la puesta en marcha, y la explotación de las instalaciones del Centro Nacional de Tecnologías del Envase”*

CLAUSULA 3 *“Al presente convenio le será de aplicación la normativa vigente en materia de subvenciones y ayudas ... la utilización del procedimiento de concesión directa a través de la formalización del Convenio de referencia, encuentra justificación en lo establecido en el artículo 22.2 del Decreto 14/2006, de 16 de febrero, según el cual se podrá utilizar dicho procedimiento en varios supuestos, entre ellos el previsto en el apartado c) ...”*

CLAUSULA 4 FINANCIACIÓN DEL CONVENIO

Cuarenta millones de euros, de los cuales 20.034.900 euros se abonarían en los ejercicios 2021, 2022 y 2023 *“a cargo del Gobierno de La Rioja a través del presente convenio”*, y con un *“horizonte temporal de ejecución de cuatro años, con posibilidad de prórroga/s”*.

Para 2022 se señala como entidad beneficiaria a *la Fundación* para la financiación de 3.000.000 euros de la partida presupuestaria 19.03.01.4611.741.00

Para 2023 se señala como entidad beneficiaria a *la Fundación* para la financiación de 3.000.000 euros de la partida presupuestaria 19.03.01.4611.441.00.



CLAUSULA 5 GASTOS SUBVENCIONABLES

Entre los gastos subvencionables no aparece nada relacionado con el transporte o la logística.

CLAUSULA 9 PROCEDIMIENTO DE REINTEGRO

Remite al art. 37 Decreto 14/2006 respecto a los periodos justificativos señalados para los gastos subvencionables en la cláusula 5, y a la consecución de los objetivos establecidos a través de los indicadores del anexo.

ANEXO define el CNTE como una “*infraestructura única*”, pero que “*engloba varias instalaciones*”

En 2022, hay una adenda que modifica algunos aspectos del convenio, pero no altera su objeto (construcción CNTE) ni el carácter de subvención directa previsto en origen, ni los gastos subvencionables.

La adenda al Convenio de 30 de diciembre de 2022 incluye como abono anticipado tras la firma del presente convenio una cantidad de 3.650.000 euros con cargo a 2022. La adenda modifica las cuantías de los años 2022 y 2023.

-Para 2022 se señala como entidad beneficiaria a *la Fundación* para la financiación de 650.000 euros de la partida presupuestaria 19.03.01.4611.441.00; y otros 3.000.000 euros de la partida presupuestaria 19.03.01.4611.741.00.

-Para 2023 se señala como entidad beneficiaria a *la Fundación* para la financiación de 3.500.000 euros de la partida presupuestaria 19.03.01.4611.741.00.

Por tanto, en virtud del Convenio y su adenda el Gobierno de La Rioja otorga una subvención directa a *la Fundación* para que construya el CNTE y lo dedique a la investigación.

Las fechas de las escrituras notariales (3 de junio de 2022), los acuerdos del patronato de *la fundación* a lo largo de 2022, y la obligación de abonar las obras del CLIR por importe de 3.650.000 euros que se recoge en la escritura de superficie, aparte de otras posibles fuentes documentales que no nos constan, llevan así a que la auditora afirme que se ha pagado parte de la obra del CLIR con una subvención destinada al CNTE.

En efecto, si la subvención concedida para la construcción y puesta en marcha del CNTE se ha empleado para la construcción del centro logístico habría un claro incumplimiento que debería suponer el reintegro de la subvención ex art. 37.1 -b) de la LGS.

A nuestro juicio, sin embargo, es posible extraer una conclusión diferente, que pasaremos inmediatamente a desarrollar.



2. Transferencia nominativa

En los presupuestos de la Comunidad para 2022 (Ley 6/21) y para 2023 (Ley 16/22) aparecen unas transferencias nominativas en favor de *la Fundación* de tres millones de euros, en el Anexo IV de las respectivas leyes. En la Ley 6/2021, para 2022, hay una partida 19.03.01.4611.741.00 dotada con 3.000.000 euros. En la Ley 16/2022, para 2023, hay una partida 19.03.01.4611.441.00 dotada con 3.000.000 euros. El convenio y la adenda citan esas partidas presupuestarias.

No consta, en cambio, ningún crédito presupuestario de 650.000 euros para 2022 y ningún documento contable del abono anticipado de 3.650.000 euros al amparo de la adenda de 30 de diciembre de 2022.

En cualquier caso, y haciendo uso de esa labor consultiva que se nos asigna para calificar los hechos ya valorados por la auditora, nos quedaremos en el análisis de la partida que aparece en la Ley de presupuestos. Aunque el convenio y su adenda lo califiquen de subvención, a juicio de este Consejo se trata de una transferencia nominativa.

En la Ley 6/2021 de presupuestos para 2022, en el artículo 19.3 no se exige la celebración de convenio salvo que se vaya a modificar la forma de transferir fondos.

“Artículo 19. De las transferencias nominativas.

1. Transferencia es la disposición dineraria que se realiza sin contraprestación directa por parte del beneficiario para la administración y que se destina a financiar actividades no singularizadas.

2. Para que una transferencia tenga carácter nominativo se han de cumplir dos requisitos: a) Que el beneficiario figure nominativamente en los créditos de los estados numéricos de esta ley. b) Que la transferencia aparezca recogida en el anexo IV de transferencias nominativas de esta ley.

3. Los citados créditos se reconocerán y librarán por doceavas partes iguales al principio de cada mes natural, salvo que por norma de carácter específico o mediante la firma del oportuno convenio se determine otra forma de reconocimiento y libramiento.

En el caso de las transferencias nominativas destinadas a entes integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja, los libramientos resultantes de aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior se sujetarán a los planes de disposición de fondos que puedan establecerse por la Dirección General de Control Presupuestario en atención a la existencia de suficientes disponibilidades líquidas en la entidad beneficiaria.

4. Dichas asignaciones estarán sujetas a control financiero con el alcance que reglamentariamente se determine”.

Por tanto, el análisis de este primer gasto se puede hacer desde el punto de vista de la normativa de subvenciones, o desde el punto de vista presupuestario.



Como subvención directa, y al amparo de la letra del convenio y de la adenda, hay un claro incumplimiento que debería llevar a exigir el reintegro por incumplimiento del objeto de la misma.

Como transferencia nominativa no hubiera hecho falta calificar de subvención la entrega de dinero, pues la entrega se hace para el funcionamiento de *la Fundación*, y está prevista por doceavas partes, sin esa vinculación finalista propia de las subvenciones.

Según el diccionario, transferencia se define como la *Acción y efecto de transferir. Operación por la que se transfiere una cantidad de dinero de una cuenta bancaria a otra.*

La Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, LGP), y la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma (Ley 11/2013) definen las transferencias como “*traspasos de dotaciones entre créditos*”. El artículo 52.3 de la LGP distingue entre transferencia y subvención como sigue:

“En ningún caso las transferencias podrán crear créditos destinados a subvenciones nominativas o aumentar los ya existentes salvo que sean conformes con lo dispuesto en la Ley General de Subvenciones o se trate de subvenciones o aportaciones a otros entes del sector público”.

La Ley 11/2013 de Hacienda de la Comunidad Autónoma de La Rioja, contiene una regulación muy similar, en su artículo 55.3 dice:

“En ningún caso las transferencias podrán crear créditos destinados a transferencias y subvenciones nominativas salvo que estas deriven de norma con rango de ley o se trate de transferencias y subvenciones o aportaciones a otros entes del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja y a otras administraciones públicas”.

Además, la Ley General de Subvenciones (LGS) contiene una regla aplicable a las transferencias que conviene exponer. El artículo 2.2 LGS excluye del concepto de subvenciones, los supuestos de transferencias nominativas. Este artículo tiene carácter básico, y dice:

“No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública”.

El artículo de la LGS distingue pues entre la financiación global de la actividad y la realización de actuaciones concretas, y da una idea de que puede haber dos tipos de transferencias distintas.



Pueden existir aportaciones dinerarias entre Administraciones Públicas para financiar globalmente la actividad de la destinataria; y aportaciones dinerarias entre “agentes” de la Administración para la financiación global, o para actuaciones concretas no sujetas a convocatoria pública.

Finalmente, el artículo 2.2 del Real Decreto 887/2006 que regula el Reglamento de la Ley General de Subvenciones es muy claro cuando dice:

“A los efectos de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 de la Ley General de Subvenciones, se entenderá por financiación global las aportaciones destinadas a financiar total o parcialmente, con carácter indiferenciado, la totalidad o un sector de la actividad de una Administración Pública o de un organismo o entidad pública dependiente de ésta”.

De esta regulación resultan algunas conclusiones para el presente caso:

- i) La previsión de la Ley de presupuestos para transferir nominativamente un crédito a *la Fundación* pública no es una subvención.
- ii) La transferencia prevista en la Ley de presupuestos se concibe para la financiación indiferenciada de *la Fundación*.
- iii) La transferencia nominativa puede destinarse a la totalidad de la actividad del beneficiario; o a un sector, o actuación concreta de la misma.
- iv) El libramiento en un solo pago exige la celebración de un convenio, pues la regla es que se hagan libramientos mensuales.
- v) En el convenio se añade una partida que no aparece en la Ley de presupuestos con un crédito de 650.000 euros.
- vi) El convenio califica de subvención la disposición dineraria y lo vincula a la construcción del CNTE.

En suma, a juicio de este Consejo, los 3.000.000 euros que aparecen nominativamente previstos en el anexo IV de la Ley de presupuestos para 2022 y que se abonan a *la Fundación* de una vez en virtud de la adenda de 30 de diciembre de 2022, no tienen la consideración de subvención. Son una transferencia nominativa y, por tanto, no procede estudiar ni el incumplimiento de la subvención, ni, desde luego, la obligación de reintegro.

Sobre los 650.000 euros el expediente no aporta datos suficientes para poder concluir lo mismo, pero tampoco para descartarlo. Sin duda la Administración consultante tendrá datos para identificar el origen y naturaleza de ese pago y, a partir de ahí, deducir el régimen aplicable.



Sexto

Adecuación del proyecto CLIR a los objetivos y fines de la *Fundación*

El art. 24.1 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en términos similares a los del art. 24.1 de la Ley estatal, establece que:

“Las fundaciones pueden realizar actividades económicas coincidentes con los fines fundacionales o relacionadas directamente con el cumplimiento de los mismos”.

En el caso de la fundación que nos ocupa, dichos fines vienen previstos en el artículo 6 de sus estatutos:

“1. El objeto de la Fundación es la realización de actividades de investigación científica, desarrollo tecnológico, industrialización y prototipado, así como el fomento de la innovación de interés en el sector del envase y el embalaje y su cadena de valor.

2. La Fundación persigue los siguientes objetivos y fines:

a) La construcción, el equipamiento, la puesta en marcha y el funcionamiento normal de las instalaciones del Centro Nacional de Tecnologías del Envase que se concibe como un centro de investigación, innovación e industrialización con un modelo de negocio en tres dimensiones interrelacionadas: [...]

b) Transferencia de conocimientos a las empresas de la cadena de valor del envase para la aplicación y puesta en el mercado de los nuevos productos, procesos mejorados y cualesquiera otras innovaciones relacionadas con los envases y embalajes”.

A este respecto, tanto en la tramitación para la declaración del proyecto CLIR como PIER, como en el Informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos sobre la autorización de la operación jurídica de gravamen-fundación ciudad del envase y el embalaje (27 de mayo de 2022), se puso de manifiesto su relación y repercusión sobre el sector del envase y el calzado y la creación de la Ciudad del Envase y Embalaje, si bien no se esconde tampoco el hecho de que el proyecto supondrá un beneficio general de las empresas riojanas de otros sectores económicos.

A tenor de ello, para la Auditoría y la Dirección General de los Servicios Jurídicos, el proyecto CLIR puede ser enmarcado dentro de sus actividades de *“industrialización”* de la *Fundación*, aunque destacan que no tiene una relación directa o exclusiva con el sector del envase y embalaje.

Dicha conclusión es compartida por este Consejo. A pesar de que, en efecto, la colaboración pública en el proyecto CLIR, dada su repercusión global en el tejido



empresarial riojano, podría haber sido asumida por otras entidades de ámbito más amplio, su señalada vinculación con el sector del envase y el embalaje, hace que la participación (sin entrar ahora en su forma o modo) de *la Fundación* pueda considerarse incluida dentro de los fines que tiene encomendados.

Séptimo

Actos de enajenación y gravamen de la Fundación. Exigencias de la Ley de Fundaciones

El art. 27 de la Ley 1/2007, de 12 de febrero, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de La Rioja, dispone que:

“1. El patronato podrá acordar la enajenación, onerosa o gratuita, y gravamen de los bienes y derechos que constituyen el patrimonio de la fundación, cuando resulte conveniente para los intereses de la misma.

2. La enajenación deberá llevarse a cabo mediante procedimientos que garanticen la concurrencia pública y la imparcialidad, salvo en aquellos casos en que las circunstancias determinen la conveniencia de utilizar otros sistemas.

3. Será necesaria la autorización previa del Protectorado para:

a) La enajenación de bienes o derechos que formen parte de la dotación fundacional.

b) La enajenación de bienes o derechos que, sin formar parte de la dotación, estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales.

c) La enajenación de bienes o derechos que, con independencia de su objeto, representen un valor superior al veinte por ciento del activo de la fundación que resulte de su último balance anual aprobado.

d) El establecimiento de cargas o gravámenes sobre los indicados en los apartados a), b) y c)”.

El artículo 45-a) de la misma Ley de Fundaciones 1/2007 dispone, en parecidos términos que es función del Protectorado:

“Autorizar la enajenación o gravamen de los bienes y derechos de la fundación cuando formen parte de la dotación o estén directamente vinculados al cumplimiento de sus fines, velando para que no quede injustificadamente mermado el valor económico de la dotación fundacional”.

A juicio de la Auditoría, y a él se suma la opinión de la Dirección General de los Servicios Jurídicos puede entenderse que, en esta compleja operación jurídica, no se han cumplido los requisitos i) de conveniencia para los intereses de *la Fundación*, ii) de *concurrencia pública e imparcialidad* de los actos de enajenación y iii) de *autorización del protectorado* del contrato de superficie.



1. Intereses de la *Fundación* (art. 27.1 de la Ley 1/2007)

Examinada la operación en su conjunto, “la *Fundación* *opta por realizar* —señala la auditoría— *un acto que, en la práctica, deja sin contenido sus derechos como propietaria del CLIR, cediendo el uso, la gestión y explotación del Puerto Seco a la empresa X a través de un contrato de comodato, a título gratuito, sin ningún tipo de contraprestación para la Fundación y, además, mediante la adjudicación directa, obviando la garantía de la concurrencia pública y la imparcialidad que exige la Ley de Fundaciones de La Rioja*”.

En suma, de las diversas alternativas de colaboración público-privada entiende que se ha seguido una que no genera ningún tipo de beneficio ni para *la Fundación* ni para terceros.

En sentido contrario, en ya citado el informe jurídico de 27 de mayo de 2022 (y, otro tanto, en los informes de 25 de mayo de 2022 y 1 de marzo de 2022, de *M*), se entiende que la fórmula empleada resultaba la única posible y beneficiosa para *la fundación*:

“El resto de opciones contractuales o formas de financiación o subvención, de existir, no se adaptaban a la fórmula de colaboración público-privada adecuada para esta operación. Hay que tener en consideración que el objetivo final de la operación, desde el punto del interés público, es garantizar la adecuada explotación del mismo durante un tiempo prolongado (por lo menos, treinta años), y garantizar asimismo el uso y/o destino para las empresas en general, como dotación de infraestructura para el futuro y progreso de La Rioja.

La única fórmula que se ha encontrado que puede asegurar este objetivo es el instituto jurídico del comodato, ya que asegura la adecuada explotación del equipamiento, que va destinado a ser ofrecido como servicio a todas las empresas del sector del envase y embalaje, y otras empresas de la cadena de valor, tarea ésta que solo puede ser llevada, de forma adecuada, por una empresa del sector del transporte”.

En opinión de este Consejo, aun cuando, como señalábamos antes, la participación o el impulso de *la Fundación* en la construcción de este puerto seco puede llegar a integrarse en el ámbito de los objetivos y fines que tiene encomendados, coincide con la auditoría en que su modo de articulación, a través de los dos citados contratos suscritos con *X*, es difícilmente justificable desde el punto de vista de la conveniencia para sus intereses.

Con los datos que figuran en la documentación remitida, los derechos adquiridos por *la Fundación* son más formales o aparentes, que reales o sustantivos.

a) *La Fundación* adquiere formalmente un derecho a construir sobre suelo ajeno, pero aquello que haya de ser construido (el tipo de inmueble, sus características, sus utilidades, su futuro destino y finalidad...) había sido decidido ya por *X* (propietaria del suelo). El 3 de junio de 2022 la obra está ya parcialmente “*ejecutada*” y parcialmente en construcción y *la Fundación* se subroga en los contratos suscritos por



el dueño del terreno, para continuarla (“...siendo esta entidad la que realice la construcción en adelante”).

b) La propiedad que adquiere *la Fundación* sobre lo construido es temporalmente limitada (33 años, pasados los cuales, la propiedad revertirá al titular del suelo).

c) Durante esos 33 años, la titularidad dominical de *la Fundación* sobre el bien construido queda despojada de todas las facultades que hacen reconocible el derecho de propiedad.

-Aunque los contratos de 3 de junio de 2022 no lo expliciten, *la Fundación* carecerá de la facultad de enajenar el bien a tercero y de cualquier otro poder de disposición, pues el comodante asume que, cuando concluya el comodato, el bien revertirá al patrimonio del comodatario.

-*La Fundación* no podrá utilizar el bien ya que, finalizada la obra, su uso se cede gratuitamente a X.

-*La Fundación* tampoco podrá definir las condiciones en las que el comodatario habrá de hacer uso de lo construido, ya que el inmueble será usado por X para “*el desarrollo de la actividad profesional*”. Esto es, para los fines que el comodatario ya había predefinido al proyectar y contratar su construcción (Estipulación segunda del contrato de compromiso de comodato).

-Con los contratos de 3 de junio de 2022, *la Fundación* no se reserva una posición que pueda asemejarse a un “poder tarifario” vinculado específicamente a la promoción de sus fines fundacionales propios (la construcción del Centro Nacional de Tecnologías del Envase y del Embalaje y el fomento de las actividades que lleguen a desarrollarse en dicho sector).

Todo lo más, el contrato de comodato prevé algo que va de suyo desde la óptica de los intereses empresariales del operador logístico: que X pueda permitir a cualesquiera terceros (empresas o usuarios, estén o no vinculados con el sector del envase y el embalaje) acceder a los servicios de la instalación a cambio de tarifas competitivas en el mercado (Estipulaciones primera y segunda del contrato de compromiso de comodato). Nada distinto de lo que X tenía proyectado hacer desde el principio, y nada diferente a lo que habría hecho si los contratos de 3 de junio de 2022 no se hubieran suscrito y X fuera titular del suelo y de la instalación.

-Por último, a pesar de que, según hemos visto, el Patronato de *la fundación* (acta del 3 de junio de 2022) aprobó las tarifas propuestas por X, no constan en la documentación disponible.



En definitiva, parece razonable pensar que la única prestación con entidad material que aquí subyace es el compromiso de gasto por 3.650.000 euros.

2. Concurrencia pública (art. 27.2 de la Ley 1/2007)

Desde esa perspectiva, estaríamos, en efecto, ante un acto de enajenación, que, por otro lado, debió garantizar la concurrencia pública e imparcialidad. La justificación de la omisión de dicha concurrencia que contiene el informe jurídico de 27 de mayo de 2022, relativo —recordemos— a la autorización del Protectorado de la suscripción del comodato (único que se consideró como acto de gravamen y, por ende, necesitado de dicha autorización), no parece, en este sentido suficiente:

“La cesión sin coste alguno para la Fundación del suelo para la construcción del Puerto seco lleva el lógico e implícito compromiso de que X, como operador logístico de la zona, y propietario del suelo, y que además tiene todas sus instalaciones logísticas, con sus medios humanos y materiales, enfocados a esta labor, sea la empresa que deba ser titular del uso de las instalaciones mediante comodato. No resultando posible meter a otra empresa, dentro de su propiedad, para operar conjuntamente en unas mismas instalaciones. Razones de eficiencia económica y empresarial, e incluso de la más simple lógica humana, obligan a que el uso de esta instalación tan necesaria para la Rioja sea cedido al único operador que la puede explotar adecuadamente, que es el propietario del suelo, que ha cedido el mismo para su ejecución, y que tiene todo su potencial logístico rodeando a dicha instalación y puesto al servicio de la misma. Además, cuenta con una plantilla con personal especializado en el tránsito, manipulación y transporte intermodal de mercancías, y dispone de los medios técnicos para el tratamiento de las mercancías. Nada de lo cual podría producirse, de ser otra empresa la explotadora, en cuyo caso el uso de las instalaciones nunca podría ser el adecuado y no se cumpliría el fin fundacional”.

Y es que es difícil descartar, de partida, el interés en la gestión del puerto seco de otras empresas y su disponibilidad, a la par que dicha cesión podría haber sido sometida a condiciones o contraprestaciones de algún tipo.

3. Autorización del Protectorado (art. 27.3 de la Ley 1/2007)

Finalmente, este Consejo a la vista del conjunto de la operación jurídica realizada, entiende, al igual que la auditoría y la Dirección General de los Servicios Jurídicos, que hubiese sido necesario recabar la autorización formal del protectorado, no sólo del contrato de comodato, sino también del contrato de superficie, que bien puede ser entendido en conexión con el anterior como un acto de enajenación. En este sentido, recordemos nuevamente, que ambos contratos se elevan a escritura pública el mismo día (3 de junio de 2022) y la referida a la constitución del derecho de superficie expresamente señala que se halla ligado a *“los términos pactados en un compromiso de contrato de comodato suscrito por las mismas partes el día de hoy”*.



Con todo, creemos que esta omisión no tendría mayor trascendencia jurídica, toda vez que responde a una interpretación que, si bien no compartimos, no resulta arbitraria o irrazonable. Además, debe tenerse en cuenta que, materialmente el protectorado tuvo un efectivo conocimiento del sentido y efectos del contrato de superficie, puesto que ello se hallaba incluido en la documentación de la solicitud de autorización del protectorado del compromiso de suscripción del comodato.

En cualquier caso, en opinión de este Consejo, el origen básico de los problemas o dudas que plantea este proceso se debe al hecho de que es plausible sostener que los negocios jurídicos de 3 de junio de 2022, sin cuestionar los buenos propósitos que han llevado a *la Fundación* a celebrarlos, en realidad pueden ser considerados como un negocio jurídico subvencional. A ello nos referiremos extensamente en los Fundamentos que siguen.

Octavo

Naturaleza de los contratos suscritos y subrogación de *la Fundación* en los contratos suscritos por el propietario de suelo

S en sus conclusiones (letra a) dice:

“-Analizando conjuntamente toda la operación (derecho de superficie, subrogaciones en las obligaciones de X, asunción del coste de construcción del CLIR y contrato de comodato), se pone de manifiesto que la Fundación asume el coste de construcción de una infraestructura a cambio de su propiedad temporal pero, acto seguido, opta por realizar un acto que, en la práctica, deja sin contenido sus derechos como propietaria del CLIR, cediendo el uso, la gestión y explotación del Puerto Seco a la empresa X a través de un contrato de comodato, a título gratuito, sin ningún tipo de contraprestación para la Fundación.

Existiendo diversas alternativas jurídicas de colaboración público-privada para la gestión y explotación del CLIR, puede considerarse que, optar por una que no genera ningún tipo de beneficio ni ventaja (ni para la Fundación ni para terceros), no resulta lo más conveniente para los intereses de la Fundación.

-A más, asimilando todo el conjunto de la operación a un acto de enajenación, que finalizará con la transmisión de la propiedad del CLIR a la empresa X, no se ha respetado en ningún caso la obligación de garantizar la concurrencia y la imparcialidad, ni tampoco se ha justificado en el expediente que no exista otro operador que pueda explotar las instalaciones ni ninguna otra alternativa para hacerlo”.

Las mismas conclusiones añaden otro juicio de valor, respecto de los contratos, que debemos analizar (letra c) dice:

“A través del contrato de superficie, la Fundación se obligaba a subrogarse en todos los contratos suscritos entre la propietaria del suelo y terceros, obviando la aplicación de la LCSP que debía haber aplicado en la contratación de los contratistas, atendiendo a su naturaleza como poder adjudicador no Administración Pública.



Se conculcan, por tanto, todos los principios rectores de la contratación (publicidad, transparencia, concurrencia...).

No consta entre la documentación analizada ninguna justificación respecto a la exclusión de la aplicación de la normativa de contratación ni sobre la necesidad y/o obligatoriedad de subrogarse en los contratos celebrados por X”.

Por tanto, procede analizar el contrato por el que se constituye el derecho de superficie y se adquiere la obligación de subrogarse en otros contratos suscritos por X, así como el compromiso de comodato por el que se transfiere la posesión y el uso de la construcción realizada al amparo de la operación anterior. Y, finalmente, la operación jurídica en su conjunto.

Para ello conviene centrar de inicio que nos encontramos con contratos privados, suscritos por sujetos que se rigen por derecho privado y con prestaciones que formalmente se ajustan al ordenamiento privado.

1. En opinión de este Consejo, los contratos de 3 de junio de 2022 merecen la calificación de contratos privados:

i) Por los sujetos que los otorgan, que son personas jurídicas de Derecho Privado: una mercantil, y una fundación.

En particular, *la Fundación*, aunque es una fundación integrada en el Sector Público de la CAR es un sujeto de Derecho Privado.

La Exposición de Motivos de Ley 3/2003, de 3 de marzo, de Organización del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja (LOSPCAR) se refiere a las fundaciones públicas de la CAR previstas por ella como personas jurídicas “*constituidas al amparo del Derecho Privado*”. Por otra parte, el art. 53 de la citada Ley determina que las fundaciones públicas de la CAR se rigen por el Derecho Privado salvo en las materias determinadas por el art. 53 LOSPCAR [“*a) Las obligaciones que se deriven de la normativa aplicable en materia presupuestaria, contable y de control vigente en la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja. b) En materia de contratación se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios*”].

El artículo 130 LRJSP dispone que “*Las fundaciones del sector público estatal se rigen por lo previsto en esta Ley, por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, la legislación autonómica que resulte aplicable en materia de fundaciones, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control económico-financiero y de contratación del sector público*”.



El artículo 131 LRSP dispone que “*La contratación de las fundaciones del sector público estatal se ajustará a lo dispuesto en la legislación sobre contratación del sector público*”. Aunque este artículo no se identifica como básico en la propia LRJSP, la Ley de Contratos del Sector Público tiene carácter básico cuando vincula a los poderes adjudicadores no Administración Pública a una serie de reglas de actuación.

ii) Por las prestaciones que se intercambian las partes a través de los contratos suscritos y por los derechos subjetivos que de ellos nacen, resulta que son instituciones privadas perfectamente reguladas en derecho.

Para *la Fundación*, un derecho real de superficie que supone, a su vez, un *derecho a construir* sobre suelo ajeno y un *derecho de propiedad sobre lo construido* en suelo ajeno que se regula en el artículo 53 de la Ley del suelo y rehabilitación urbana (LSRU, RDLeg. 7/2015).

Para *X* un derecho (personal o de crédito) al uso gratuito de inmueble durante un periodo temporal determinado (30 años, Estipulación 3ª del Contrato de compromiso de comodato de 3 de junio de 2022), que está previsto en el Código civil (art. 1740 Cc).

iii) Los contratos de 3 de junio de 2022 tampoco constituyen convenios administrativos de los previstos por la LRJSP, dado que los Convenios administrativos no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos.

iv) En principio, esos contratos de 3 de junio de 2022 tampoco pueden ser considerados como contratos administrativos (obra, suministro, servicio, concesión...) de los regulados por la LCSP.

Por razones subjetivas, son contratos privados los del art. 26.1.b) LCSP, es decir, los celebrados por aquellas entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administración Pública. Las fundaciones públicas son entidades del Sector Público (art. 3.1.e LCSP) y son poder adjudicador (art. 3.3.b LCSP) pero no son Administración Pública (art. 3.2 LCSP).

Además (art. 26.1.a LCSP) son contratos privados los que, celebrados por las Administraciones Públicas, entrañen prestaciones distintas de las de los arts. 25.1 y 25.2.

2. Ello sentado, debemos analizar cada uno de los contratos. Primero, por separado y después, en su conjunto.



A) La adquisición de un derecho real de superficie

Esta adquisición implica el gasto de 3.650.000 euros, pues en la escritura se asume la obligación de construir el CLIR (parte): *“Este derecho supone el de construcción de una terminal intermodal”*, en los términos que se indican en la propia escritura, entre los que está el presupuesto de ejecución por 3.650.000 euros y la obligación de que *“el superficiario se subrogará en los contratos suscritos por el dueño del suelo”*. A pesar de ello, el contrato se califica de gratuito *“la constitución de este derecho no tiene contraprestación alguna; tiene, por tanto, carácter gratuito”*. Además, *“La edificación deberá realizarse en un plazo máximo de tres años. La falta de cumplimiento de ese plazo dará lugar a la resolución de este contrato”*.

Se trata de un contrato que plantea los siguientes problemas: ajuste a la finalidad de *la Fundación*; ausencia de autorización del Protectorado; gratuidad; subrogación contractual; y concurrencia.

Ya se ha tratado de la finalidad de *la Fundación* y de la autorización del protectorado, por lo que se abordarán las siguientes cuestiones: i) gratuidad de la superficie; ii) obligación de subrogación contractual; y, iii) concurrencia.

i) Gratuidad de la adquisición del derecho de superficie.

En cuanto al carácter gratuito del derecho de superficie hay que preguntarse si oculta la obligación del pago de un precio con la asunción de las obligaciones económicas que se añaden como causa resolutoria (si no se ejecuta la obra, a cargo de *la Fundación* y en tres años se extingue el derecho).

Según el artículo 53.3 de la LSRU:

“El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie”.

Obsérvese que la LSRU admite muy diversas formas de pago del derecho de superficie, y que la enumeración del artículo 53.3 no parece un *numerus clausus*, por lo que serían posibles otros medios de pago, según la autonomía y libertad de pacto de las partes.

En derecho español está admitido el pago por tercero (art. 1158 Cc), y a efectos de pago puede ser indiferente pagar o liberar de una deuda. Al final una parte abona un dinero, y la otra parte se libera de pagar una deuda líquida de igual cuantía.



Sin embargo, es distinta la obligación de pago de obras ya ejecutadas, que la subrogación en contratos de ejecución de obra. Este Consejo no juzga posible pactar una subrogación en contratos de obra. Pero, en teoría, el pago de obras ya ejecutadas se podría entender como precio de la superficie (por el importe que sea 1.500.257,93 euros de la relación aneja a la escritura, o de 1.510.372,79 euros a los que se refiere el informe de S).

ii) Subrogación contractual.

La regla de contratación de las fundaciones públicas nos dice que la subrogación pactada es contraria a derecho. Según el art. 26.3 LCSP los poderes adjudicadores en contratos “*cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente ley*” tienen que ajustar las reglas de preparación y adjudicación a las ordinarias de las Administraciones Públicas.

“Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación”.

Por su parte, el artículo 318-b), específicamente para poderes adjudicadores, no Administración Pública, dispone que los contratos de obras con un valor estimado entre 40.000 euros y 5.538.000 euros se rigen por las reglas generales del procedimiento de adjudicación de contratos administrativos (también los de concesión de servicio, a los que aludiremos más adelante).

“Los contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios cuyo valor estimado sea igual o superior a 40.000 euros e inferior a 5.538.000 euros y los contratos de servicios y suministros de valor estimado superior a 15.000 euros e inferior a 221.000 euros, se podrán adjudicar por cualquiera de los procedimientos previstos en la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168”.

Evidentemente, los contratos para la construcción de una terminal intermodal, (aún sin haberlos visto), encajarían en el concepto del contrato administrativo de obras (art. 13 y 231 y ss LCSP). Y, con igual evidencia, la mera subrogación en contratos privados de obra incumple todas las reglas de preparación y adjudicación de la LCSP.

iii) Concurrencia.

La superficie es un derecho real y el contrato para suscribirla se puede calificar de contrato patrimonial. En los contratos patrimoniales es perfectamente posible saltarse las reglas de concurrencia, y llegar a los acuerdos que se considere en relación al precio y al pago del mismo.

En virtud del contrato de superficie se atribuye al superficiario la facultad de realizar



construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas.

Su naturaleza patrimonial hace, además, que se halle fuera de la aplicación de la LCSP, incluso para las Administraciones Públicas.

El artículo. 9.2 LCSP dispone que “*Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles*”. Se excluyen, pues, los contratos patrimoniales que consisten en operaciones propias del tráfico privado si recaen sobre bienes inmuebles.

Y es que, no puede promoverse concurrencia en la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, ya que resulta forzoso negociar con el titular del derecho que se quiera adquirir. Por tal razón, este tipo de contratos se consideran patrimoniales y se regulan en la legislación de patrimonio correspondiente. Sin embargo, la Ley 11/2005, de 19 de octubre, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja excluye de su ámbito de aplicación a las Fundaciones Públicas, lo que significa que se trata de un contrato enteramente privado.

Desde luego, a diferencia del contrato de obras, en la LCSP no se encuentra ninguna regulación de contrato típico con tal objeto.

B) El derecho de comodato

El comodato es un contrato a título gratuito por el que se entrega una cosa para que se use de ella por cierto tiempo y se devuelva. El comodante conserva la propiedad de la cosa, y el comodatario adquiere el uso, y por tanto la posesión de la misma. A este respecto pueden verse los artículos 1740 y siguientes del Código civil.

El compromiso no es un contrato de comodato. Aún no se ha constituido, y la autorización del Protectorado puede entenderse provisional, puesto que sigue pendiente del contrato definitivo. Los principales problemas de este contrato son: i) su carácter gratuito; y ii) su objeto.

i) Gratuito.

A diferencia del supuesto anterior, en este caso, *la Fundación* no se beneficia del carácter gratuito de un contrato, sino que otorga un contrato gratuito por el que concede una serie de facultades a una empresa sin contraprestación a cambio. La autorización del Protectorado depende de la existencia de “*justa causa debidamente acreditada*” (art. 21 Ley de Fundaciones 50/2002).



Sin dudar de la conveniencia de apoyar un proyecto empresarial como el CLIR, no se puede admitir como causa la mera liberalidad ínsita en el comodato. Sería perfectamente compatible con el objetivo de apoyar el CLIR que se hubiera previsto algún tipo de contraprestación, o condición vinculada a la ayuda.

ii) Objeto.

Por su objeto se trata de un contrato para atribuir la gestión de la terminal intermodal a una empresa de transporte. Es perfectamente posible promover concurrencia para tal finalidad. Su objeto es muy similar a un contrato administrativo típico.

Para el mismo objeto del comodato hay un contrato típico equivalente en la concesión de servicios (arts. 15 y 284 LCSP) previsto para “*gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares*”.

Por tanto, el comodato no es un contrato patrimonial de los excluidos de la LCSP. Igual que se ha analizado para la subrogación en los contratos de obras, *la Fundación* debería haber seguido las reglas de preparación y adjudicación de la LCSP según se prevé para los poderes adjudicadores no Administración Pública (arts. 26.3 y 318-b) LCSP).

Evidentemente, el contrato típico de concesión de servicios no puede ser gratuito.

C) Operación en su conjunto

Las prestaciones a que las partes se obligan por los contratos analizados son en buena medida inversas a las del Contrato de concesión de obra pública: lo construido pasa a ser propiedad de *la Fundación* y es explotado por X; pero, al término del periodo previsto (30 años), pasa a ser propiedad del particular (X), en lugar de permanecer dentro del patrimonio de *la Fundación*.

Tanto en la subrogación de los contratos de obra prevista en la superficie, como en el comodato, se ha huido de la Ley de contratos del sector público. Debería haberse aplicado la LCSP a la preparación y adjudicación de dichos contratos.

La adquisición del derecho de superficie pagando parte de las deudas del cedente se podría entender ajustado a derecho, en teoría. Si se considera que el precio de la superficie es el pago de deudas con terceros se podría hacer una interpretación generosa para cubrir esa actuación. Desde luego, en ese contrato la libertad de la voluntad y el margen de los pactos entre las partes es mucho mayor.

Sin embargo, el conjunto de la “*operación jurídica*” supone una huida del derecho



administrativo que no admite considerarlo de esa manera. En realidad, el derecho de superficie está vacío de contenido y sólo se entiende por su vinculación causal con el comodato. Por tanto, tampoco se puede aceptar que el pago de algo más de un millón y medio de euros sea el precio por la adquisición de tal derecho real.

El comodato vacía de contenido al derecho de superficie y materialmente equivale a una subvención en especie.

3. En cualquier caso, lo que subyace es el objetivo de *la Fundación* de apoyar la construcción de este puerto seco en La Rioja, que se puede entender legítimo, pero que se ha instrumentado a través de una operación jurídica de complejo encaje, dado que, en el fondo, lo que se haya presente es un negocio jurídico subvencional.

Noveno

El carácter material de subvención derivado de los contratos suscritos

1. La subvención encubierta

Como ya hemos señalado, el examen conjunto de los contratos suscritos lleva razonablemente a pensar que la única prestación con entidad material acaecida —o todavía, en parte, por acaecer— es la asunción de la obra, valorada en 3.650.000 euros, por *la Fundación* en beneficio de *X* y, por ende, cabría sostener que se ha incurrido en una “*subvención encubierta*”.

El carácter supuestamente subvencional deriva de la vinculación causal entre el derecho de superficie y el comodato. Por unos plazos coincidentes, sobre un mismo bien, en unidad de acto, y vinculando la eficacia de un contrato al otro por las causas de resolución, se adquiere el compromiso de constituir un comodato. El comodato es esencialmente gratuito, y vacía de contenido el derecho de superficie, ya que todas las facultades dominicales sobre el suelo se transfieren gratuitamente al dueño del suelo.

El conjunto de la operación es claramente beneficioso para la empresa y supone que la *Fundación* se obliga a pagar las obras de la terminal intermodal, por importe de 3.650.000 euros y a ceder dichas obras de forma gratuita.

Según la propia dicción de la solicitud de *la Fundación* al Protectorado para la autorización del compromiso de comodato se pretende: “*desdoblar esta actuación jurídica en dos instrumentos*”. La adquisición de un derecho real de superficie y la concesión de un préstamo de uso, o comodato. Y recordemos de nuevo que la escritura de superficie de 3 de junio de 2022 dice que la “*EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE. ... está ligado a la cesión del uso de lo construido y afectado por el derecho de superficie en los términos*



pactados en un compromiso de contrato de comodato... si finalmente el contrato de comodato no fuera suscrito de manera definitiva... el derecho de superficie quedará extinguido en los términos del artículo 54.5 párrafo segundo del real decreto legislativo 7/2015 de 30 de octubre”.

2. Concepto de subvención

Doctrinalmente se suele vincular el concepto de subvención con el de donación modal. En efecto, la subvención se puede definir como “*atribución patrimonial no devolutiva*”, que se traduce en un gasto o una entrega de dinero a fondo perdido, pero a cambio es consustancial a la subvención que el beneficiario colabore con la Administración en el desarrollo de actividades de interés general.

La subvención es así el prototipo de acto administrativo *sub conditione*, en tanto que está sujeto a una verificación posterior, o varias sucesivas, sobre la conducta seguida por el beneficiario. Por tanto, se identifican dos elementos esenciales: una atribución patrimonial a título gratuito, como en las donaciones; y una carga en forma de modo o condición que se impone al beneficiario en pro de algún interés público.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, nos remitimos a nuestro Dictamen 80/2005, el cual refleja el sentido que esta mantiene hasta hoy respecto al ámbito de las subvenciones y que nos exime de otras citas:

“Es reiterada la doctrina de la Sala 3ª del TS (entre otras las SS de 20 de junio de 1997, Ar. 5299; y de 20 de junio de 1999, Ar. 4146), que ha definido la subvención como un acto administrativo, si bien de carácter bilateral, pues comporta una atribución dineraria al beneficiario a cambio de adecuar el ejercicio de su actuación a los fines perseguidos con la indicada medida de fomento y que sirven de base para su otorgamiento. No puede ignorarse el carácter modal y condicional, en definitiva finalista, determinantes del régimen jurídico de la actuación del beneficiario y la posición de la Administración concedente. En concreto, para garantizar en todos sus términos el cumplimiento de la afectación de los fondos públicos a determinados requisitos y comportamientos que constituyen la causa del otorgamiento, así como la obligación de devolverlos, en el supuesto de que la Administración constatare de modo fehaciente el incumplimiento de las cargas asumidas por el sujeto subvencionado, como deriva del propio esquema institucional que corresponde a la técnica de fomento que se contempla”.

Ya en el plano normativo, el artículo 176 de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma se remite al art. 2 LGS (básico), que define la subvención como “*disposición dineraria*”, “*a favor de personas públicas o privadas*”, “*sin contraprestación directa*”, “*sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo*”, y que “*tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública*”.



3. Aplicación a la operación jurídica del CLIR

Sentado lo anterior, podemos ya examinar la concurrencia, en nuestro caso, de los requisitos o elementos anudados al concepto legal de subvención.

El análisis de estos requisitos lo haremos de atrás hacia delante: i) interés público o social; ii) sujeción a alguna condición o modo; iii) sin contraprestación; y iv) disposición dineraria.

i) El interés público o social

El interés público o social de la construcción del CLIR estaría fuera de duda. Hay una declaración de PIER que no se pone en cuestión ni por la consultante, ni por la auditora y puede reconocerse el interés general ínsito en la mejora de la economía riojana con la construcción del CLIR.

ii) Sujeción a condición o modo.

El carácter modal tiene origen en los principios de actuación administrativa en pos del bien común. Por eso mismo, la condicionalidad impuesta en la subvención es un elemento esencial y no son posibles ayudas que obedezcan a una “*mera liberalidad*” (vid. por ejemplo el art. 27.1 RSCL, Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, Decreto de 17 de junio de 1995).

El carácter esencial del modo o condición impuesta determina la nulidad en caso de ausencia, o la obligación de reintegro, en caso de incumplimiento, y, en su caso, la imposición de sanciones. Evidentemente, el incumplimiento que conlleve el deber de reintegro tiene que ser de cierta gravedad. En incumplimientos parciales se puede llegar a reintegros parciales (art. 37 LGS).

Las condiciones que se imponen al beneficiario se plasman en el instrumento jurídico que sirva de fundamento a la subvención, sean las bases de una convocatoria pública, sean las cláusulas de un convenio para una subvención directa (que hacen las veces de bases, art. 9.2 y 3, y art. 17 LGS), sea la resolución de concesión. Para las subvenciones directas, el art. 65.3 RGS dispone que “*En cualquiera de los supuestos previstos en este apartado, el acto de concesión o el convenio tendrá el carácter de bases reguladoras de la concesión a los efectos de lo dispuesto en la Ley General de Subvenciones*”.

Según tiene declarado este Consejo en Dictamen 36/2013 “*Las bases reguladoras pueden tener dos funciones esenciales: una, regular la concesión de la subvención (la subvención in fieri); y otra, regular la relación jurídica subvencional entre concedente y beneficiario, una vez constituida (la subvención in facto esse)*”.



En el supuesto que examinamos lo cierto es, sin embargo, que el beneficio otorgado no se vincula con condición o modo, más allá de someter a aprobación las tarifas por el uso del centro. Pero, como ya hemos señalado anteriormente, no consta el importe de las tarifas que se dicen aprobadas en el acta de 3 de junio de 2022.

Ni siquiera por referencias parece que se haya impuesto un trato más favorable para *la Fundación* o para el sector del envase. Al contrario, la expresión del acta relativa a que “*la tarifa de precios ...está en la línea de las que aplican las dos estaciones similares que se encuentran en las Comunidades vecinas*”, lleva a considerar que no se ha impuesto ningún tipo de condición para la explotación de la construcción que paga *la Fundación*.

Por tanto, a falta de más documentación, no consta ninguna condición o modo para la ayuda concedida.

iii) Inexistencia de contraprestación.

La subvención no puede confundirse con el contrato. Si *la Fundación* encargara a la empresa la construcción de un centro logístico y pagara dicha obra se podría poner en duda este requisito. Si, por el contrario, contribuye económicamente a dicha construcción no habrá contraprestación.

Por tanto, no hay contraprestación en el presente caso.

iv) Entrega dineraria.

La subvención es una entrega de dinero a fondo perdido pero sometida a condiciones y controles. La auditoría se refiere a “*entrega dineraria*”, pero no parece que se haya producido ninguna entrega de dinero. Más bien parece que *la Fundación* ha pagado facturas para la construcción de parte de un centro logístico que entregará a la empresa dueña del suelo.

En el caso concreto, hay un gasto de dinero público en beneficio de un particular que ejecuta un proyecto de interés general. La ayuda se concreta en el pago de una parte de la obra ejecutada, y el abono de las facturas correspondientes al pago de la parte de obra por ejecutar.

Por tanto, desde un punto de vista formal, no se cumple el requisito de que se haya producido una entrega de dinero, si bien, tal y como ya hemos señalado, el conjunto del negocio jurídico bien puede traducirse, materialmente, a una entrega de 3.650.000 euros a X por parte de *la Fundación*.



4. Subvención en especie

La D.A. 5ª LGS dispone que las entregas a título gratuito de inmuebles “*se registrarán por la legislación patrimonial*”. No obstante, el carácter público del dinero empleado para la operación jurídica objeto de estudio, y el resto de elementos que ya han sido analizados, destacando sobre todos ellos el carácter gratuito de la entrega de las facultades dominicales propias del superficiario, llevan a calificar la operación de subvención en especie.

Otra forma de acercarse a las subvenciones es desde el carácter público del dinero empleado. Aunque no haya una entrega de dinero, una financiación pública también puede suponer una subvención.

La LGS y su reglamento reconocen esta categoría de subvenciones en especie. En la D.A. 5ª dice:

“Disposición adicional quinta. Ayudas en especie.

- 1. Las entregas a título gratuito de bienes y derechos se registrarán por la legislación patrimonial.*
- 2. No obstante lo anterior, se aplicará esta ley, en los términos que se desarrollen reglamentariamente, cuando la ayuda consista en la entrega de bienes, derechos o servicios cuya adquisición se realice con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero.*
- 3. En todo caso, la adquisición se someterá a la normativa sobre contratación de las Administraciones públicas”.*

El desarrollo reglamentario, (RD 887/2006) se encuentra en el artículo 3 que dispone:

“Ayudas en especie.

1. Las entregas de bienes, derechos o servicios que, habiendo sido adquiridos con la finalidad exclusiva de ser entregados a terceros, cumplan los requisitos previstos en las letras a), b) y c) del artículo 2.1 de la Ley General de Subvenciones, tendrán la consideración de ayudas en especie y quedarán sujetas a dicha Ley y al presente Reglamento, con las peculiaridades que conlleva la especial naturaleza de su objeto.

2. El procedimiento de gestión presupuestaria previsto en el artículo 34 de la Ley General de Subvenciones no será de aplicación a la tramitación de estas ayudas, sin perjuicio de que los requisitos exigidos para efectuar el pago de las subvenciones, recogidos en el Capítulo V del Título I de dicha Ley, deberán entenderse referidos a la entrega del bien, derecho o servicio objeto de la ayuda.

No obstante lo anterior, en el supuesto de que la adquisición de los bienes, derechos o servicios tenga lugar con posterioridad a la convocatoria de la ayuda, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 34.1 de la Ley General de Subvenciones respecto a la necesidad de aprobación del gasto con carácter previo a la convocatoria.

3. En el supuesto de que se declare la procedencia del reintegro en relación con una ayuda en



especie, se considerará como cantidad recibida a reintegrar, un importe equivalente al precio de adquisición del bien, derecho o servicio. En todo caso, será exigible el interés de demora correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley General de Subvenciones”.

Así pues, la característica fundamental para calificar de subvención unas “ayudas en especie” es que haya sido adquirida “con la exclusiva voluntad de entregarlas a un tercero”.

En el caso concreto, todos los indicios llevan a considerar que concurre el requisito de la voluntad exclusiva de transmisión. Desde el principio, se habla de una única operación “compleja”. La superficie y el comodato están vinculados causalmente.

A. en informe de 1 de marzo de 2022 dice:

“El objetivo marcado por el Gobierno de La Rioja es que X Operador Logístico S.L. mantuviera la propiedad del terreno, siendo el Gobierno de La Rioja propietario de los viales y muelle de carga, cediendo su uso gratuito a X” (sic).

“Se nos solicita la redacción de un informe que determine las posibilidades de que X Operador Logístico S.L., siga siendo dueño del suelo, pero la entidad pública Fundación Ciudad del Envase y el Embalaje sea la encargada de ejecutar la obra relativa a la adecuación de los viales y muelles de carga, para posteriormente cederlos de nuevo a la mercantil para el ejercicio de su actividad”.

Este informe deja clara la finalidad de la actuación: adquirir un derecho real para poder ejecutar una obra y cederla. Esa cesión se concibe de forma gratuita. En suma, la finalidad “exclusiva” de entregar a título gratuito el bien o derecho a un tercero concurre en el caso analizado.

Cabe señalar, por último, que el concepto de subvención en especie debe respetar todos los requisitos de la subvención dineraria, pero sin entrega de dinero. Por esa razón el reglamento de la LGS exige que se cumplan los requisitos de las letras a), b) y c) del artículo 2.1 de la Ley. En el caso que nos ocupa, según hemos visto, se puede dudar de que concurra el requisito de la letra b).

5. Otorgante

Nada impide, en abstracto, que las fundaciones del sector público concedan subvenciones si así se autoriza de forma expresa (DA 16ª Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones). Y en concreto, parece claro que la voluntad del fundador (el Gobierno de La Rioja) es que la Fundación pueda conceder subvenciones, dado que el art. 3 de los Estatutos fundacionales señala que a la Fundación “le será de aplicación” “la Ley General de Subvenciones”.



En el mismo sentido, el Consejo de Estado, en su dictamen 1756/2003, de 26 de junio, al anteproyecto de Ley General de Subvenciones, señaló ya que *“el otorgamiento de subvenciones por parte de estos organismos y entes públicos con personalidad jurídica propia supone una disposición de fondos públicos y, en cuanto tal, debe estar sometido a una disciplina legal, pues no existe razón alguna que justifique la exclusión del ámbito de aplicación de la Ley a determinadas subvenciones”*.

Sin embargo, los contratos de 3 de junio de 2022 suponen una transferencia indirecta de la *Fundación a X* de una cantidad de dinero; o, más correctamente, una ayuda en especie —según se mire—, sin que se haya tramitado ninguno de los “procedimientos de concesión” de subvenciones descritos por el art. 22 LGS:

- i) No se ha tramitado ningún procedimiento subvencional de concurrencia competitiva, que es el ordinario (art. 22.1 LGS).
- ii) La entrega dineraria no está prevista nominativamente en la LGPCAR ni en ninguna otra norma de rango legal (art. 22.2.a y b LGS).
- iii) El art. 22.2.c LGS prevé, “con carácter excepcional” la concesión “directa” de “subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas”.

Sobre este supuesto (cuyo carácter “*excepcional*” impone siempre una interpretación restrictiva) el art. 28.quéter del Decreto riojano de Subvenciones (Decreto 14/2006) requiere o que “*se canalice mediante Orden*” (y en tal caso sólo tendrán tal carácter “*las relacionadas mediante Orden del Consejero con competencias en materia de hacienda*”); o que “*se canalice a través de Convenio*”, lo que requiere, a su vez, que se justifique “*en el expediente cuáles son las razones que dificultan la convocatoria pública de la subvención*”.

En este caso, no se ha tramitado ni celebrado ningún convenio subvencional de los contemplados en la LGS (art. 28.1 LGS) sino dos contratos civiles; y, por ende, tampoco se ha justificado cuáles fueran las razones que dificultaban la convocatoria pública de la subvención. Y ello, sin perjuicio, de que en la propia justificación de la necesidad de efectuar esta operación jurídica (cfr. informe jurídico de 27 de mayo de 2022), se ponga de manifiesto que la colaboración con *X* venía obligada por razones de *eficacia y eficiencia administrativa*: la mercantil era ya la propietaria de las instalaciones existentes en el enclave, de suerte que la construcción de la infraestructura reutilizando éstas, disminuiría considerablemente los costes; y que su gestión sólo podría realizarse por dicho operador logístico, que es propietario de las instituciones logísticas adyacentes, “*no resultando posible meter a otra empresa, dentro de su propiedad, para operar conjuntamente en unas mismas instalaciones*”.



Es relevante volver a advertir, además, que la cantidad de 3.650.000 euros prevista en los contratos de 3 de junio de 2022 es exactamente la misma que figura, como aportación del Gobierno de La Rioja a *la Fundación* para el año 2022 (Adenda de 30 de diciembre de 2022 al Convenio de 23 de diciembre de 2021).

Décimo

Ayuda de estado

El informe de auditoría sugiere que la actuación podría calificarse como ayuda de Estado.

En la LGS el artículo 9.1 dispone que: *“En aquellos casos en los que, de acuerdo con los artículos 87 a 89 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea, deban comunicarse los proyectos para el establecimiento, la concesión o la modificación de una subvención, las Administraciones públicas o cualesquiera entes deberán comunicar a la Comisión de la Unión Europea los oportunos proyectos de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los términos que se establezcan reglamentariamente, al objeto que se declare la compatibilidad de las mismas. En estos casos, no se podrá hacer efectiva una subvención en tanto no sea considerada compatible con el mercado común”*.

En el presente caso no ha habido comunicación previa.

Según el artículo 37.1-h) LGS:

“También procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, o la fecha en que el deudor ingrese el reintegro si es anterior a ésta, en los siguientes casos:

h) La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro”.

La obligación de reintegro por tal causa solo se produce cuando haya una decisión europea que obligue a recuperar la ayuda. Y la falta de comunicación de una posible ayuda europea no equivale a la incompatibilidad de la misma con el derecho de la UE.

Por su parte, el Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE) en los actuales artículos 107, 108 y 109 regula las ayudas de Estado (antiguos artículos 87 a 89). El artículo 107.1 TFUE consagra un concepto amplio de ayudas (*“las ayudas otorgadas por los*



Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”) que desborda el concepto de subvención establecido en la LGS.

La cualificación como ayuda de Estado implica que se den una serie de requisitos (como la concesión de una ventaja, la selectividad de la medida y su efecto sobre la competencia y los intercambios comerciales entre Estados miembros) cuya concurrencia compete valorar a la Comisión Europea conforme al artículo 108.3 TFUE, bajo el control último del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La delimitación de dicho concepto se caracteriza, por cierto grado de complejidad, como demuestran las diversas comunicaciones adoptadas por la Comisión para aclarar su aplicación, así como la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cuantitativamente hay que atender también al posible carácter de *minimis*, en función del sector de actividad, aunque no tiene virtualidad en el presente caso (Reglamento UE 2023/2831 de la Comisión de 13 de diciembre de 2023, 300.000 euros; Reglamento UE 2023/2832 de la Comisión de 13 de diciembre de 2023, 750.000 euros).

La mayor amplitud del concepto de ayuda permitiría incluir la ayuda en especie sin problema. Pero, la LGS también admite esa categoría, según se ha expuesto. El concepto de ayuda de Estado, por otra parte, se limita a casos de incompatibilidad con las reglas de competencia del mercado, mientras que el concepto de subvención no tiene esa connotación. La STJUE de 1 de abril de 2004 (asunto Comisión / Italia C-99/02), dice que: *“la supresión de una ayuda ilegal mediante su recuperación es la consecuencia lógica de la declaración de su ilegalidad; dicha consecuencia no puede depender de la forma en que la ayuda fue otorgada”* (párrafo 15).

En cualquier caso, el presente dictamen no se extiende al análisis de los hechos, pues para tal función se contrató a una consultora. Y, de los datos que constan en la documentación remitida, no se puede concluir en ningún sentido.

Sea como fuera, el principio de equivalencia que rige en derecho comunitario impone que no se den soluciones distintas al incumplimiento del derecho nacional y del europeo. Y el principio de autonomía de procedimiento supone que la Unión Europea no cuestiona la manera como se haga cumplir el derecho comunitario en cada Estado. Por tanto, si una hipotética ayuda de Estado obliga a recuperar la ayuda, y en el derecho nacional se puede lograr ese mismo objetivo sin acudir a la figura de ayuda de Estado, huelga avanzar más en este estudio. En este sentido, la STJUE de 19 de septiembre de 2006, del asunto i-21 CC/ Alemania (C-392/04 y C-422/04) dice que: *“Cuando, por aplicación de las normas del Derecho nacional, la Administración está obligada a revocar una resolución administrativa que ha adquirido firmeza si ésta es manifiestamente incompatible con el Derecho interno, la misma obligación debe existir si dicha resolución es manifiestamente incompatible con*

el Derecho comunitario.” (párrafo 69).

En nuestro país no hay un procedimiento general de recuperación de ayudas de Estado (vid informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del derecho comunitario de 15 de diciembre de 2010). Cuando la ayuda no se otorga por actos administrativos, la solución vendrá por utilizar el mismo instrumento de concesión, pero en sentido contrario. Esto es revocar la actuación previa del tipo que fuera. En ese punto la previsión del artículo 1303 del Código civil que prevé la restitución como consecuencia de la nulidad de un contrato puede servir perfectamente a tal efecto.

Undécimo

Efectos de la omisión del procedimiento subvencional

1. La conclusión que se desprendería de lo señalado en los Fundamentos anteriores es que, a través de los contratos de 3 de junio de 2022, se otorgó materialmente una subvención sin observar un procedimiento subvencional, de suerte que la actuación de la Fundación sería por ello nula (arts. 36.1.1.a LGS en relación con los arts. 47.1.e) y 47.1.f) Ley 39/2015).

A parecidos efectos se llegaría si se entendiera que se ha incurrido en una *simulación contractual o un fraude de ley*.

La *simulación contractual* puede ser catalogada de absoluta (bajo los negocios de 3 de junio de 2022 no existiría ningún otro negocio jurídico) o, quizá con más precisión, *relativa* (dichos negocios encerrarían en realidad un negocio distinto y disimulado: un negocio jurídico subvencional).

La Sala de lo Civil del TS ha aclarado la diferencia entre simulación absoluta y relativa, ha establecido el carácter imprescriptible de la “*acción de simulación*” (el negocio simulado o aparente es nulo por ausencia de causa, arts. 1300, 1302 y 1275 Cc) y ha explicado que, en los casos de simulación relativa, el negocio simulado puede ser válido, o, a su vez, estar viciado de nulidad o anulabilidad (STS, Civil, 9-6-2020, Casación 2398/2017). El código civil regula esta materia en sede de contratos al tratar de la causa falsa (art. 1276 “*La expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita*”).

En cualquier caso, la simulación negocial entraña —STC 120/2005, de 10 de mayo— como elemento característico la presencia de un “*engaño o ocultación maliciosa de datos*”. Debe existir: i) una declaración de voluntad disimulada que se mantiene oculta y no se exterioriza a terceros; ii) una declaración de voluntad simulada que se exterioriza a terceros; y iii) un acuerdo simulatorio alcanzado entre los que celebran el negocio.



En el caso que examinamos, en cambio, en los dos contratos hay una voluntad manifestada con toda claridad sin intención de ocultar nada; en ambos, hay una causa de liberalidad y de apoyar un proyecto de interés regional; en ambos, la voluntad interna y la externa coinciden, pues la superficie se vincula desde el principio al préstamo gratuito.

Una figura próxima a la simulación relativa con la que podría llegar también a calificarse de modo más ajustado este negocio jurídico es la del *fraude de ley*. Éste —sabido es— supone la aplicación de una norma para eludir la aplicación de otra, o saltarse alguna prohibición legal (art. 6.4 Cc) y la consecuencia de tal calificación es que se apliquen las normas que se han tratado de eludir. Y la norma eludida no es otra que la LGS.

Ahora bien, cabe advertir que ello no implica *per se* una intencionalidad torticera por parte de *la Fundación*, al margen de que la determinación de dicha intencionalidad excede, de lejos, nuestro cometido. Es más, en sentido contrario, cabe subrayar que esta operación jurídica contó en su momento con el visto bueno del Director General de los Servicios Jurídicos, de suerte así que, a la postre, lo que este expediente pone de manifiesto es una estrategia jurídica inadecuada o errónea —motivada, quizá, por el deseo de conseguir una gestión más ágil que la obligada por el derecho administrativo—, en relación con el fin perseguido por *la Fundación* de apoyo al desarrollo del sector del envase y del embalaje en La Rioja.

2. La construcción de la terminal intermodal a la que se ha obligado *la Fundación* tenía un plazo de tres años. Es razonable suponer que aún no haya terminado, y siga en ejecución. Por lo tanto, los efectos del estudio de esta actuación deben diferenciar entre la actuación seguida hasta la fecha, y la actuación de futuro.

A) Actuaciones hasta la fecha

Hasta la fecha nos encontramos con contratos ya suscritos, o pagos ya realizados. Han sido previamente analizados por lo que los efectos se pueden abordar de manera más telegráfica.

a) Superficie.

Impone algunas condiciones que plantean dudas jurídicas: i) la obligación de pago de deudas previas de X por algo más de un millón y medio de euros; ii) la obligación de subrogación contractual para la construcción de la terminal; y iii) la causa de resolución sin indemnización vinculada a que se terminen las obras en plazo y se celebre el contrato de comodato.

Si se considera un negocio simulado que encubre una subvención, por aplicación de la regla del artículo 1276 Cc habría que concluir que ambos son nulos. El negocio simulado



por ausencia de causa y el negocio disimulado por incumplir la LGS.

Si se acude a la técnica del fraude de ley, diríamos que se utiliza un contrato privado para eludir la aplicación de la LGS. Habría que aplicar la ley eludida y, de nuevo, habría que calificar de nula la subvención por omisión de los principios rectores del instituto y por no imponer ningún tipo de condición.

La subrogación en contratos ajenos plantea alguna dificultad añadida. En este caso, la ley eludida sería la LCSP, que también determina la nulidad de los contratos en los que se prescinde total y absolutamente del procedimiento aplicable (art. 39 LCSP).

En materia de subrogación, además, se debe tener presente la posible existencia de terceros de buena fe. No podemos avanzar en esa línea por falta de datos, ya que no se nos ha facilitado ningún contrato de subrogación.

b) Comodato.

Supone el vaciamiento de las facultades del derecho de superficie para encubrir una subvención en especie.

Igual que en el caso anterior, si se entiende que encubre una subvención ambos negocios serían nulos; y si se entiende que elude la aplicación de la LGS, también habría que concluir en la nulidad de la subvención.

Además, se elude la aplicación de la LCSP porque el objeto del contrato es igual al de la concesión de servicios y debe reputarse nulo por omisión total y absoluta del procedimiento de preparación y adjudicación exigible a las Fundaciones públicas.

c) Tutela judicial de los intereses de la *Fundación*.

Las fundaciones públicas “*en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública*” (artículo 53.3 de la LOSPCAR y artículo 128.2 LRJSP), por lo que, en principio, deberá impetrar la tutela judicial para declarar la nulidad de los citados contratos.

Según el art. 1303 Cc “*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.*”

El efecto que debe buscarse es justamente ese, la restitución de las respectivas prestaciones. Dicho de otra manera, dejar sin efecto la compleja operación jurídica que se realizó. Eso supone devolver la propiedad del vuelo, y recibir el dinero gastado para pagar



la construcción de la terminal. Se abren dos posibilidades: i) acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, y ii) acudir a la jurisdicción civil.

i) En la jurisdicción contencioso-administrativa no habría acción. Se trata de una jurisdicción eminentemente revisora para enjuiciar actos de la Administración. En el presente caso se debería actuar contra una mercantil y no hay acto previo que recurrir (art. 25 LJCA).

El único recurso que se puede interponer en esa jurisdicción demandando a particulares es el recurso de lesividad, pero la LPACAP (art. 107) lo reserva para actos anulables y favorables para los interesados. Por tanto, no procede en supuestos de nulidad como el presente.

ii) *La Fundación y X* celebraron dos contratos civiles, por lo que cualquier actuación encaminada a la declaración de nulidad del acto de otorgamiento de la ayuda económica requeriría la desaparición de la vida jurídica de esos dos contratos bilaterales. Algo que exigiría una resolución judicial del Orden Jurisdiccional Civil que estimase una acción dirigida a la declaración de ser nulos aquellos contratos (arts. 6.3 Cc, 1302 y 1275 Cc).

Tendría legitimación activa la propia Fundación (art. 1302 Cc), y también cabría sostener la legitimación de la APCAR (cuya personalidad jurídica es distinta de la de *la Fundación*) sobre la base de una interpretación amplia de la DA 16.1 LGS, y dado que la acción civil sería aquí un presupuesto necesario para el ejercicio de las funciones de reintegro y demás potestades administrativas en materia de subvenciones.

El objeto de la acción sería, lógicamente, los contratos suscritos para adquirir el derecho de superficie y para comprometerse a la celebración de un comodato.

Sobre el contenido de la pretensión a deducir consistiría en la declaración de nulidad de los contratos de 3 de junio de 2022, con la consiguiente restitución de todas las prestaciones (entre ellas, la aportación económica de la Fundación) conforme al art. 1303 Cc.

Subsidiariamente, que se declarasen nulos los contratos de 3 de junio de 2022, dejando imprejuizada la validez o invalidez de la “*subvención encubierta*”, que quedaría a expensas de la tramitación del oportuno procedimiento administrativo para la hipotética declaración de su nulidad y obtención del reintegro.

El Órgano Jurisdiccional civil, también podría conocer prejudicialmente, si lo estimase necesario para su decisión, acerca de la invalidez jurídica de la actuación subvencional de la Fundación (art. 42.1 LECiv).



d) Revisión de oficio.

Para el caso de que la jurisdicción civil no estimara la restitución de las cantidades abonadas, o que se declarara incompetente, habría que plantearse la posibilidad de una revisión de oficio.

En el caso del comodato la contravención legal derivada de los llamados “*actos separables*”, implica no haber seguido las reglas de la LCSP para la preparación y adjudicación. Esto es por haber celebrado el contrato sin la publicidad, concurrencia y objetividad exigibles. En ese punto la LCSP llama a la jurisdicción contencioso administrativa (art. 27), en la que no habría acción.

Materialmente, los contratos están viciados por implicar una omisión del derecho de subvenciones y suponer una subvención en especie sin cumplir con las exigencias de la LGS. Esa materia también es típica de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Para el caso de que la vía civil aprecie falta de competencia o jurisdicción, habría que reconocer la autotutela administrativa, so pena de negar cualquier tipo de tutela para los intereses de la Fundación.

La DA 16ª LGS, en el caso de las subvenciones concedidas por fundaciones públicas dispone que “*las funciones derivadas de la exigencia del reintegro ... las funciones de control y demás que comporten el ejercicio de potestades administrativas*” corresponden a “*la Administración Pública que financie en mayor proporción la subvención correspondiente*”.

La consecuencia prevista en el artículo 6.4 del código civil (regulación general supletoria de todo el ordenamiento jurídico) es aplicar la norma eludida. Por tanto, correspondería a la Administración pública el ejercicio de la potestad de revisión de oficio de actos nulos de otorgamiento de subvención.

e) Acuerdo entre las partes.

No sería preciso el ejercicio de ninguna acción civil si ambas partes, de mutuo acuerdo, decidieran resolver los contratos de 3 de junio 2022, hacer desaparecer sus efectos jurídicos y restituirse voluntariamente las prestaciones, en la forma, plazos y condiciones que se juzguen oportunas.

A juicio del Consejo un acuerdo entre las partes sería la mejor solución posible. Primero, por solucionar los problemas legales de la actuación anterior, y segundo, por permitir entablar una relación futura más ajustada a derecho.



B) Actuación de futuro.

La nulidad de lo actuado aconseja la paralización de la obra que, a su vez determinará la extinción de la superficie. Si *la Fundación* no se limita a pagar por *X*, y realmente se produjo una subrogación en los contratos, la solución más sencilla sería proponer otra subrogación que deshiciera la anterior y repusiera a *X* como deudor frente a los contratistas de las obras.

Esa paralización implicaría que no se suscribiera el contrato de comodato de manera definitiva, y a tal efecto la escritura de superficie se remite al artículo 54.5 LSRU que prevé la extinción del derecho de superficie sin indemnización. En realidad, la escritura también declara que la superficie era gratuita, por lo que no habría problema en ese punto. No se indemniza la extinción del derecho, pero sí se deben devolver las cantidades abonadas como obligaciones accesorias.

También está pendiente la autorización definitiva del Protectorado para el contrato de comodato. Hay, incluso, un requerimiento de 29 de junio de 2023 emitido por la DG de Justicia e Interior en ese sentido. Con el presente dictamen el Protectorado podría denegar la autorización definitiva al contrato de comodato, dejando sin efecto la autorización dada al compromiso de junio de 2022.

La autorización anterior se concedió fundamentada en un informe del Director General de los Servicios Jurídicos, por lo que la existencia de nuevos informes jurídicos avalaría la denegación del permiso para suscribir un contrato de comodato de manera definitiva. Entre las funciones del Protectorado está velar por la legalidad de la actuación de las fundaciones (art. 34 Ley 50/2002).

Esta actuación se puede adoptar simultáneamente a la interposición de la acción judicial que se considere oportuna, o a la adopción de un acuerdo entre las partes que solucione los problemas descritos.

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de contratar en debida forma con *X*, o concederle las subvenciones que se consideren, incluso, por actuaciones ya realizadas, tal y como prevé la LGS (art. 2.1-b).

3. Por último, cabe añadir que el PIER promovido por *X* puede beneficiarse de los efectos favorables previstos en la Ley 7/1997, de 3 de octubre, de la ADER. En concreto, los determinados en su art. 29.1.c), en materia de subvenciones y ayudas, de las que puede ser beneficiario previa observancia de los correspondientes procedimientos regulados por la legislación de subvenciones.

Duodécimo



Resto de cuestiones

La última conclusión del informe de S dice que *“es cuestionable que las inversiones realizadas ... figuren en el activo del balance en base a que cumplan o no la definición de activo contemplada en la normativa contable que resulta de aplicación (control, generación de ingresos futuros...)”*.

La Ley Hacienda Rioja, Ley 11/2013 de 21 de octubre incluye a las Fundaciones públicas dentro del concepto de sector público a efectos de la Hacienda Pública y prevé que tengan obligación de rendir cuentas al Tribunal de Cuentas (arts. 4.1 y 112.3).

En cuanto a las reglas de contabilidad el artículo 114.4 prevé que *“Las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja que integran el sector público fundacional deberán aplicar los principios y normas de contabilidad recogidos en la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y disposiciones que lo desarrollan.”*

La Ley de Fundaciones 50/2002, en su artículo 25.1 par 2º prevé que *“Las cuentas anuales, que comprenden el balance, la cuenta de resultados y la memoria, forman una unidad, deben ser redactadas con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la fundación”*.

Así, yendo a las reglas relativas a las cuentas anuales que se recogen en el Real Decreto 1491/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueban las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos y el modelo de plan de actuación de las entidades sin fines lucrativos, encontramos lo siguiente:

ANEXO I, Primera Parte:

“Marco conceptual de la contabilidad”, 4º “Elementos de las cuentas anuales .1. Activos: bienes, derechos y otros recursos controlados económicamente por la entidad como resultado de sucesos pasados, de los que se espera que la entidad obtenga rendimientos aprovechables en su actividad futura. En particular, cumplirán esta definición aquellos que incorporan un potencial de servicio para los usuarios o beneficiarios de la entidad”.

La Ley Hacienda Rioja, por su parte, en el artículo 115.1-b) identifica los activos *“en función de la corriente real de bienes y servicios que los mismos representan”*.

Por tanto, los criterios para contabilizar un activo son esperar rendimientos aprovechables en la actividad futura de la fundación y que haya una *“corriente real de bienes y servicios”*.



El presente dictamen no avanza más en las cuestiones planteadas en el informe de la auditoría por considerar que no es necesario su análisis para contestar a la consulta recibida. Las dos cuestiones principales del asunto sometido a nuestra consideración se refieren al cumplimiento de la ley de contratos del sector público y de la ley general de subvenciones teniendo en cuenta la singularidad de esta consulta; no sobre un expediente al uso, sino sobre las conclusiones emitidas por una auditoría externa.

CONCLUSIÓN

Única

A juicio de este Consejo Consultivo la actuación de *la Fundación* sometida a dictamen implica en su conjunto la concesión de una subvención en especie sin respetar las reglas de la Ley General de Subvenciones.

En todo lo demás nos remitimos a los fundamentos jurídicos.

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.

José Ignacio Pérez Sáenz
PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO