

Dictamen n^o: **545/15**
Consulta: **Consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Sección: **V**
Ponente: **Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos**
Aprobación: **16.12.15**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 16 de diciembre de 2015, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con expediente sobre resolución del contrato “Concesión de redacción de proyecto, construcción y explotación de obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles Central y Navalcarnero”, formalizado con la empresa Cercanías Móstoles Navalcarnero, S.A., en adelante, la contratista.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de noviembre de 2015 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo cursada por consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, sobre la propuesta de resolución del contrato citado en el encabezamiento.

Correspondió su estudio a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. Consejero D. Andrés de la Oliva Santos, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 16 de diciembre de 2015.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo fue acompañado de documentación, adecuadamente numerada y foliada, que se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

1.- Con fecha 15 de marzo de 2006 se suscribió un convenio de colaboración entre la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Móstoles para la financiación de la construcción y explotación de la línea ferroviaria Móstoles-Navalcarnero, mediante un contrato de concesión de obra pública. En virtud del convenio y dado el interés del Ayuntamiento de Móstoles en el soterramiento de la línea por el casco urbano, se contemplaba un nuevo trazado que conectaba la nueva línea ferroviaria a Navalcarnero en Móstoles-Central, en lugar de en Móstoles-El Soto (como era el proyecto inicial de la Comunidad de Madrid), de tal forma que *“se ejecutaría aproximadamente el 75% del soterramiento de la línea a su paso por el casco urbano, favoreciendo el cumplimiento del objetivo perseguido por ambas Administraciones de integrar el ferrocarril en el entorno urbano y recuperar suelo para la ciudad”*. El incremento del coste de construcción del nuevo trazado era asumido íntegramente por el Ayuntamiento de Móstoles, *“mediante la realización de una transferencia de capital, a favor del concesionario, por la cantidad de cincuenta millones de euros (50.000.000 €), durante el cuarto año desde la firma del presente Convenio”*.

Asimismo, el día 3 de mayo de 2007 se suscribió convenio de colaboración entre el ente público MINTRA, Madrid Infraestructuras del Transporte y el Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid, para la redacción del proyecto, construcción y explotación de la obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles-Central y Navalcarnero.

Ambos convenios se integraron en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y en el expediente contractual, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 12 del PCAP y en el expositivo segundo del contrato.

2.- Con fecha 22 de octubre de 2007, MINTRA adjudicó el contrato a la futura sociedad concesionaria a constituir entre OHL SA. Y OHL CONCESIONES S.L., con un plazo de 20 años a contar desde el día siguiente de la formalización del contrato y un presupuesto estimado de la inversión inicial de 396.632.515 €. El día 2 de enero de 2008 se formalizó el correspondiente contrato de concesión administrativa entre Cercanías Móstoles Navalcarnero S.A. y MINTRA.

3.- El día 28 de agosto de 2008 fue aprobado por MINTRA el Proyecto definitivo de la “Concesión de Redacción de Proyecto, Construcción y Explotación de la Obra Pública de la Nueva Línea de Transporte Ferroviario entre Móstoles Central y Navalcarnero”.

El acta de comprobación del replanteo fue formalizada con fecha 10 de septiembre de 2008. En ella se constataba que se disponía de los terrenos necesarios para el comienzo de las obras y la viabilidad del proyecto, por lo que se autorizaba el inicio de los trabajos con un plazo de ejecución, de acuerdo con la oferta realizada, de 28 meses. Según la cláusula 6 del PCAP, el plazo máximo para la finalización de las obras que debía ejecutar el concesionario era de 30 meses a contar desde la fecha de la firma del Acta de Replanteo (11 de marzo de 2011).

4.- En la reunión ordinaria de obra nº 83, celebrada con fecha 14 de enero de 2010, según consta en el acta de esta reunión, OHL como responsable de la construcción manifestó que se habían producido una serie de paralizaciones en la ejecución de las obras y que no iban a continuar los trabajos. En el acta consta que MINTRA solicitó a la concesionaria y a

OHL que le informaran de la fecha de terminación de los trabajos y que la concesionaria respondió que *“dado que no se dispone de financiación se deben paralizar los trabajos y a día de hoy no tienen conocimiento de cuándo se van a poder retomarlos mismos, por lo que quedarán paralizados sine die”*.

5.- Con fecha 18 de enero de 2010, MINTRA requirió a la concesionaria para que de manera inmediata subsanase los incumplimientos que se estaban cometiendo en la ejecución de las obras, reanudara la ejecución de las mismas concediéndole un plazo de 20 días para presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de este requerimiento y advertencia de la posibilidad de imponer sanciones por incumplimiento de obligaciones contractuales.

De los informes emitidos en el procedimiento de resolución contractual parece desprenderse que en abril de 2010 se inició un expediente de imposición de penalidades, sin que en la documentación remitida a este Consejo Consultivo exista constancia documental de este hecho y de la finalización de dicho procedimiento.

6.- El día 27 de julio de 2010, el concesionario presentó una solicitud de resolución de contrato por causa no imputable al contratista. En el escrito manifestaba la imposibilidad de obtener la financiación para el cumplimiento del contrato y fundamentaba la resolución del contrato en las siguientes causas:

(i) Incumplimiento por MINTRA de la obligación esencial de financiar parte del coste de construcción de la infraestructura ferroviaria objeto de dicho contrato.

(ii) Imposición de modificaciones por parte de MINTRA al Proyecto Definitivo inicialmente aprobado, modificaciones que han supuesto un incremento superior al 20% del presupuesto inicial de dicho Proyecto.

(iii) Imposibilidad sobrevenida de explotación de la obra pública, debida a los acuerdos adoptados por la Comunidad de Madrid.

(iv) Inviabilidad del contrato de concesión, debida a todas las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles concurrentes en ese momento.

Con la solicitud de resolución por causa no imputable al contratista, la concesionaria solicitaba el pago de las inversiones realizadas que valoraba en 205.227.562 €, y la devolución de la garantía prestada. Además, solicitaba una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, así como el abono de los intereses de demora de las citadas cantidades que deberían determinarse en un procedimiento de liquidación del contrato.

Finalmente, la concesionaria solicitaba como medida provisional la suspensión provisional del contrato de concesión.

7.- Con fecha 27 de octubre de 2010, la concesionaria presentó escrito en el que solicitaba dejar sin efecto su solicitud de resolución contractual, manifestaba su voluntad de cumplir con sus compromisos contractuales retomando la ejecución de las obras en los términos que resulten de un nuevo plan de trabajo y solicitaba la concesión de un plazo para presentar el nuevo plan de trabajo.

8.- Por resolución de fecha 16 de noviembre de 2010, MINTRA aceptó la solicitud de tener por no presentada la petición de resolución del contrato, y requirió a la concesionaria la presentación un nuevo plan de trabajo en el plazo de treinta días.

9.- Con fecha 27 de diciembre de 2010 MINTRA aprobó el nuevo programa de trabajo con la consiguiente prórroga del plazo para la finalización de las obras, *“si bien durante el período en el que nuevo plan prevé únicamente la actividad de búsqueda y obtención de la financiación, deberán realizarse las obras y actuaciones que se relacionan en el acta redactada por la Asistencia Técnica relativa a la reunión mantenida con CMN el pasado 3 de diciembre”*.

La resolución compelia a la concesionaria al estricto cumplimiento del contrato en los términos del nuevo plan de trabajo aprobado, en particular, en lo relativo a la obtención de financiación *“so pena de incurrir en las responsabilidades que deriven de incumplimientos futuros”*.

Según la fundamentación jurídica de la resolución de 27 de diciembre de 2010, *“la resolución del actual contrato de concesión y posterior licitación de uno nuevo supondría, sin duda, cumplidos todos los trámites preceptivos para ello, un mayor retraso y coste para la puesta en funcionamiento de la nueva línea, que puede mitigarse con la reanudación de las obras por parte de la actual concesionaria, que ha expresado su voluntad de reiniciarlas en el menor tiempo posible. En relación con lo anterior, las dificultades financieras y la crisis económica que CMN ha puesto de manifiesto en su escrito de 27 de octubre de 2010, han sido tenidas en consideración en la aprobación del nuevo plan de trabajo, si bien ello se ha realizado al único objeto de permitir la consecución del interés público manifestado, cual es la puesta en marcha de la infraestructura en el menor tiempo posible.*

En este sentido, las mencionadas dificultades financieras y la crisis económica no pueden servir, en ningún caso, para limitar la responsabilidad y los riesgos asumidos por CMN, en los términos establecidos en su oferta y en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares rector del contrato de concesión. Conforme con éstos, la

sociedad concesionaria asume las eventuales consecuencias derivadas de cualquier disminución de la demanda y se obliga a obtener, de forma inmediata, tras la firma del contrato, la financiación, propia o ajena, necesaria para el cumplimiento del contrato. Esto es, la financiación debía haberse cerrado mucho antes de que la situación económica se deteriorase”.

El plazo para la actividad de búsqueda y obtención de la financiación expiraba el día 1 de septiembre de 2011, según consta en escrito de la concesionaria presentado el día 7 de octubre de 2011. El inicio del plazo para la ejecución de las obras se fijaba el 1 de septiembre de 2011 y su finalización el día 31 de enero de 2013 (dato que se extrae del informe del Subdirector de Obras de 26 de julio de 2012).

10.- Con fecha 20 de enero de 2011, el Ayuntamiento de Navalcarnero remitió a MINTRA un informe de los servicios técnicos municipales sobre los daños y perjuicios que estaba causando al citado municipio la paralización de las obras e instaba para que se retomasen las mismas o, en su caso, se restituyeran todos los servicios y viales afectados a su estado original.

11.- A la vista del anterior escrito del Ayuntamiento de Navalcarnero, tras la celebración de una reunión el día 1 de febrero de 2011 entre representantes de MINTRA y de la concesionaria, se ampliaron las obras que debían realizarse durante el período en el que el nuevo plan preveía únicamente la actividad de búsqueda y obtención de la financiación. Por escrito de 25 de febrero de 2011, MINTRA requirió a la concesionaria para que realizase las obras previstas en el informe de 18 de diciembre de 2011.

12.- Por Ley 4/2011 de 28 de julio se extinguió la entidad de derecho público MINTRA, disponiendo el apartado segundo del artículo único de esa ley la asunción de todos sus bienes, derechos y obligaciones por la

Dirección General de Infraestructuras de la Consejería de Transportes e Infraestructuras.

13.- Con fecha 7 de octubre de 2011, la concesionaria presentó escrito en el que ponía de manifiesto el fracaso en la actividad de búsqueda y obtención de la financiación y solicitaba una modificación del contrato de concesión basada en necesidades nuevas y causas imprevistas. En su escrito exponía:

“Que en el desarrollo y ejecución del mencionado contrato, se han llevado a cabo obras adicionales y modificados. Entre ellas destacamos a modo de ejemplo la denominada “ConexiónMetroSur”, realizada en la estación de Móstoles Central. Esta estación, ejecutada en buena parte, se ha modificado sobre la inicialmente prevista, no sólo para conectarla con Metro, sino también para dotarla con capacidad suficiente para el flujo de viajeros en su futura configuración en conexión con la línea C5 de Cercanías. Ello en atención a la necesidad nueva detectada de fomentar la interconexión de líneas mediante la agilización del tránsito y, con ello, la demanda, ante escenarios distintos de los existentes al tiempo de la licitación.

(...)

Asimismo, consideramos que puede resultar de interés de la Administración y así lo proponemos, la modificación del contrato para permitir la conexión de la infraestructura hoy en ejecución, con la línea C5 de Cercanías RENFE. Téngase en cuenta que el trazado ferroviario actualmente en Móstoles es en superficie, y ello supone una ruptura de la ciudad en dos partes (...).

Además, es obvio que se produciría una alta mejora en el servicio, evitando un transbordo y logrando así un tiempo de recorrido directo hasta Atocha 10 ó 15 minutos menor (...).

Esta conexión, que no resultaba posible cuando se licitó y adjudicó el contrato ni cuando C. redactó el proyecto de construcción, y que tampoco podía preverse en qué momento la Administración central y sus organismos dependientes la consentirían, lo que es requisito indispensable, puede plantearse en la actualidad, en el marco de las nuevas legislaturas, sobre la base de retomar acuerdos previos y a fin de fomentar la interconexión de líneas y, con ello, la demanda, ante escenarios distintos de los existentes al tiempo de la conexión”.

Con su escrito de solicitud de modificación contractual se comprometía a presentar anteproyecto, comprensivo de todas las obras adicionales y modificados ejecutados, incluida la “Conexión Metrosur” y la conexión con la C5 de Cercanías RENFE, así como un estudio económico.

14.- Con fecha 17 de noviembre de 2011, la concesionaria presentó escrito y documentación acreditativa de las gestiones realizadas sin éxito para la obtención de financiación para el contrato. Aporta al efecto cartas del Banco Santander y de ING DIRECT. Ambas misivas, fechadas el día 15 de noviembre de 2011, concluían que “... lamentablemente, no estamos en condiciones de ofrecer una estructura de financiación que permita el desarrollo del Proyecto” en base a un riesgo demanda, tal y como estaba configurado.

15.- El día 22 de diciembre de 2011 la concesionaria presentó solicitud de ampliación de plazo para la presentación de la documentación a que se había comprometido en su solicitud de modificación contractual de 10 de noviembre de 2011 (anteproyecto de obras adicionales y modificados, así como estudio económico en el que se analizaba el impacto de las

modificaciones en el plan económico-financiero). El nuevo plan económico-financiero se presentó con fecha 23 de diciembre de 2011, y por último, el 27 del mismo mes se presentó el presupuesto correspondiente al anteproyecto referido.

16.- Con fecha 21 de febrero de 2012, la Dirección General de Infraestructuras notificó a la concesionaria un requerimiento para realizar una serie de modificaciones en la documentación presentada, solicitando que en el plazo de un mes se aportase una nueva versión del anteproyecto, estudio económico de viabilidad y plan económico-financiero. Además, se advertía que la modificación propuesta requería el consentimiento de la Administración del Estado a los términos de construcción y explotación de la línea en conexión con la C5.

La documentación requerida se aportó por la concesionaria con fecha 30 de marzo de 2012.

17.- Con fecha 26 de julio de 2012, la Subdirección General de Obras de la Dirección General de Infraestructuras emitió informe sobre la propuesta de modificación de la concesión presentada por la concesionaria.

18.- El día 29 de noviembre de 2012 el Viceconsejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda requirió a la concesionaria para que,

“Reanude la ejecución de las obras previstas en el proyecto de construcción aprobado con fecha 28 de agosto de 2008 y de todas las actividades que son necesarias para la puesta en funcionamiento de la nueva línea ferroviaria.

Planifique las obras y actividades pendientes de ejecución y presente la programación correspondiente”.

El requerimiento fijaba un plazo de máximo de 15 días, advertía a la empresa concesionaria la posibilidad de imposición de sanciones por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios originados por la paralización y demora en la ejecución de las obras.

En relación con la solicitud de modificación contractual planteada, el escrito manifestaba que *“sigue contando con carencias que impiden apreciar las razones de interés público y su viabilidad en caso de aprobarse”*.

19.- En respuesta al anterior requerimiento, la empresa concesionaria presentó el día 31 de mayo de 2013 escrito en el que justificaba y aportaba documentación relativa a la modificación propuesta. Requerido el concesionario, con fecha 13 de junio de 2013, para la aclaración de diversos aspectos incluidos en la documentación aportada sobre su solicitud de modificación, contestó en fecha 4 de julio de 2013.

20.- El 20 de febrero de 2014, el Pleno de la Asamblea de Madrid aprobó instar al Gobierno de la Comunidad de Madrid para que exigiese a la concesionaria la reanudación inmediata de las obras de la línea de transporte ferroviario. En consecuencia, el 6 de marzo de 2014, el Viceconsejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda requirió a la concesionaria la reanudación de las obras de la línea ferroviaria.

21.- Por escrito fechado el día 30 de julio de 2014, el Director General de Infraestructuras de la Consejería exigió al concesionario que retomase de inmediato la ejecución de las obras comenzando por las reposiciones necesarias para restituir las zonas afectadas de forma compatible con la ejecución del resto de obras.

El día 17 de noviembre de 2014 se emitió informe por un miembro del equipo de Supervisión de los trabajos de la línea ferroviaria Móstoles-Navalcarnero sobre la obra ejecutada a dicha fecha.

22.- Por escrito presentado el día de 7 de mayo de 2015 la empresa concesionaria solicitó a la Dirección General de Infraestructuras Acta de reinicio de obras y emisión de las certificaciones de obra ejecutada, así como resolución expresa sobre la solicitud de modificación del contrato en su día presentada.

23.- El 28 de mayo de 2015 la Dirección General de Infraestructuras instó nuevamente a la concesionaria para que reiniciase la ejecución de las obras, al considerar que el contrato en ningún momento había sido suspendido, con apercibimiento sobre la posibilidad de imponer las sanciones procedentes por incumplimiento de sus obligaciones.

TERCERO.- Con fecha 12 de junio de 2015 la concesionaria presenta solicitud de resolución del contrato de concesión con base en las siguientes causas:

- Incumplimiento de la Administración de la obligación esencial de financiar parte del coste de la obra con la cantidad de cincuenta millones de euros.

- Imposibilidad sobrevenida de explotación de la obra pública debido a los acuerdos adoptados por la Comunidad de Madrid.

- Imposición de modificaciones por parte de la Administración al proyecto definitivo, modificaciones que suponen un incremento de más del 20% de coste total de las obras inicialmente previsto, así como otras que suponen una modificación sustancial del contrato.

- Desistimiento de la Administración contratante a la ejecución del contrato.
- Suspensión de la ejecución del contrato por causas imputables al órgano de contratación durante un periodo de tiempo muy superior a ocho meses.
- Inviabilidad sobrevenida del contrato de concesión.

La concesionaria solicita la resolución del contrato por causa no imputable al contratista y la liquidación del mismo, mediante el abono de 238.942.656 € en concepto de daño emergente por inversiones en obra civil e instalaciones, material móvil y otros gastos realizados cuantificados a fecha 30 de abril de 2015, reservándose el derecho a ampliar la reclamación a otros costes adicionales que pudieran incrementar la cantidad. Solicita una indemnización en concepto de lucro cesante por importe de 46.503.068 euros y el abono de los intereses legales y de demora que pudieran derivarse como consecuencia del retraso de la Administración en el cumplimiento del pago de las cantidades reclamadas.

Con fecha 7 de septiembre de 2015, la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras emite informe en el que concluye con la desestimación de la solicitud de resolución del contrato por causas no imputables a la concesionaria, *“toda vez que no se han acreditado la concurrencia de motivos legales para instar por parte de CMN, S.A.”*.

Asimismo, con fecha 9 de septiembre de 2015, ha emitido informe el Consorcio Regional de Transportes de Madrid que declara:

“Sin perjuicio de lo anterior, y al margen de las cuestiones específicas de ejecución de obra, modificados, plazos y otras en las que el Consorcio no es competente, puede afirmarse sin duda que las características de la oferta del concesionario han sido la causa principal por la que no ha podido obtener la financiación necesaria

para completar sus fondos propios y acometer el proyecto; y todo ello más allá de los argumentos de la concesionaria basados en el riesgo imprevisible de la crisis económica.

En efecto, debe traerse a colación que, frente a lo que manifiesta la sociedad en su escrito, en los pliegos se contemplaba la posibilidad de solicitar una banda mínima de ingresos garantizados, a los que renunció, obteniendo por tal causa una puntuación más elevada en los criterios de adjudicación, posibilidad que sí fue utilizada por otros licitadores del contrato”.

Consta igualmente la emisión de informe, de fecha 7 de octubre de 2015, por el Área de Contratación Administrativa con el visto bueno del subdirector general de Régimen Jurídico de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, que analiza los motivos de resolución contractual invocados por la concesionaria y las reclamaciones de cantidades efectuadas en consecuencia y propone la desestimación de la solicitud de resolución contractual solicitada, así como las pretensiones indemnizatorias contenidas en ella.

En la tramitación del procedimiento de resolución del contrato, ha emitido informe el Letrado Jefe en la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid, con fecha 29 de octubre de 2015, en el que advierte, en relación con las causas de resolución invocadas, que, al no haberse remitido toda la documentación completa a que hacen referencia el escrito de la solicitud de inicio del procedimiento de resolución contractual y el informe del Director General de Carreteras, *“se hace difícil pronunciarse sobre eventual justificación de las causas”.*

Con fecha 13 de noviembre de 2015, la concesionaria presenta nuevo escrito en el que reitera su solicitud de resolución del contrato y devolución

de garantía y solicita la ampliación de la solicitud de resolución en lo relativo a las cuantías reclamadas en los siguientes términos:

- 318.278.415 € en concepto de daño emergente actualizado a fecha 31 de octubre de 2015.

- 51.235.218 euros en concepto de lucro cesante actualizado a fecha 31 de octubre.

- Intereses legales y de demora que pudieran derivarse del retraso de la Administración en el cumplimiento de pago de las cantidades reclamadas.

Notificado el trámite de audiencia, la empresa concesionaria presenta escrito con fecha 17 de noviembre de 2015 en el que alega la improcedencia del trámite de audiencia al tratarse de un expediente de resolución contractual iniciado a instancia de parte y no de oficio, como regula el artículo 109 del R.D. 1098/2001 y la improcedencia de la solicitud de Dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid al no existir oposición del contratista a la resolución del contrato, al haber sido el mismo el que ha solicitado dicha resolución. Finalmente, el escrito se remite a los motivos de resolución alegados en su solicitud, *“por cuanto los mismos no han sido desvirtuados por ninguno de los informes que obran en el expediente de referencia”*.

Con fecha 24 de noviembre de 2015, se formula propuesta de orden desestimatoria de la solicitud de la concesionaria de la resolución del contrato *“Concesión de redacción de proyecto, construcción y explotación de obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles Central y Navalcarnero”* y, por tanto, también desestimatoria de todas las pretensiones indemnizatorias contenidas en la petición, al no concurrir ninguna de las causas de resolución imputables a la Administración invocadas en su solicitud.

En este estado del procedimiento se formula solicitud de Dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid con carácter urgente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: (...) 4.º Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas”.*

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 16.2 LRCC.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), establece en su disposición transitoria primera:

“Disposición transitoria primera. 1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el

momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

En el presente caso, el contrato fue adjudicado el 23 de octubre de 2007, por lo que habrá que estar al Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) como normativa sustantiva aplicable al contrato, al tratarse de la ley vigente al tiempo de la adjudicación del contrato, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, al disponer que *“los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”* (dictámenes 511/12, 515/12, de 19 de noviembre y 540/12, de 3 de octubre).

Por el contrario, la normativa aplicable al procedimiento de resolución viene dada por la existente en el momento de su iniciación (dictámenes 403/09, de 15 de diciembre, 380/10, de 10 de noviembre), el TRLCSP y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

SEGUNDA.- En los procedimientos de resolución de contratos, el artículo 211 TRLCSP establece como trámites preceptivos para todas las Administraciones Públicas, la necesidad de audiencia al contratista y, si

mediare oposición de éste, dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma. Asimismo, el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RLCAP), a estos trámites añade, la audiencia al avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía e informe del Servicio Jurídico.

La entidad concesionaria alega en el trámite de audiencia que, al tratarse de un procedimiento de resolución instado por ella y no de oficio por la Administración, resultan improcedentes este trámite, así como la solicitud de Dictamen al Consejo Consultivo de la Comunidad, al no haber, en este último caso, oposición a la resolución del contrato instada por ella.

En relación con el trámite de audiencia, en cuanto que instado por el contratista el procedimiento de resolución, se han incorporado al expediente informes de la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras, del Secretario del Consorcio Regional de Transportes de Madrid y del Área de Contratación Administrativa de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, además del preceptivo informe del Servicio Jurídico exigido por el artículo 109 RGLCAP. Parece, por tanto, lógico que, antes de redactar la propuesta de resolución, se de audiencia al interesado que insta la resolución del contrato, como exige el artículo 84 LRJPAC, de aplicación subsidiaria, de acuerdo con la Disposición Final tercera TRLCSP. Se trata de un trámite que es garantía para el interesado en cuanto que respeta su derecho a conocer el contenido de los informes, efectuar alegaciones y presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes.

Debe recordarse, además, que solo se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

Alega también la empresa concesionaria la improcedencia de la solicitud de Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, porque considera que, al haber iniciado el procedimiento de resolución contractual, no se opone a la resolución del contrato.

Sobre esta cuestión tuvo ocasión de pronunciarse este Consejo Consultivo en sus dictámenes 139/10, de 26 de mayo y 90/15, de 4 de marzo, que consideró que, pese a no existir oposición del contratista a la resolución del contrato, pues precisamente es la resolución lo que pretende el contratista, iniciado a su instancia el procedimiento de resolución del contrato por causa imputable a la Administración, al no estar conforme la Administración, se produce una controversia que exige la emisión de dictamen previo por el Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico equivalente, pese a los términos del artículo 59.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 26 de junio):

“(...) será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista”.

Así, en los citados dictámenes se examinaba la resolución del contrato como una de las prerrogativas de la Administración, prerrogativa que se manifiesta, en caso de incumplimiento contractual imputable de la Administración, en el hecho de que el contratista ni puede declarar resuelto el contrato, ni tampoco instar directamente su resolución ante los tribunales, sino que deberá solicitar la iniciación del procedimiento de resolución a la otra parte contratante –el órgano de contratación– que podrá o no acordarlo, si estima que concurre o no la causa de resolución alegada. La facultad de no acordar la resolución del contrato cuando se alega un incumplimiento culpable de la Administración es también, sin duda alguna, una prerrogativa

de la Administración, pues el contratista que insta la resolución no está facultado para paralizar la ejecución del mismo y tiene que esperar hasta que se acuerde por la Administración la resolución. Si el órgano de contratación entendiere que no concurre la causa de resolución invocada, el contratista podrá impugnar la resolución ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, a menos que éstos le concedan la suspensión de la resolución impugnada, deberá continuar la ejecución del contrato. Por tanto, cuando el procedimiento de resolución se inicia a instancia del contratista y la Administración considera que no concurre la causa de resolución alegada y que lo procedente es continuar con la ejecución del contrato, debe interpretarse como que hay oposición del contratista y, por ende, resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

Por lo que se refiere al plazo de tres meses para resolver el expediente de resolución de contrato, al haberse iniciado a instancia de parte, el transcurso de dicho plazo no determina la caducidad del mismo como en los procedimientos de resolución iniciados de oficio, sino que el interesado puede considerar desestimada su solicitud por silencio administrativo, sin perjuicio de la subsistencia de la obligación de resolver, ex disposición final tercera TRLCSP.

TERCERA.- Pretende la empresa contratista la resolución del contrato en base a las siguientes causas:

- Incumplimiento de la Administración de la obligación esencial de financiar parte del coste de la obra con la cantidad de cincuenta millones de euros.

- Imposibilidad sobrevenida de explotación de la obra pública debido a los acuerdos adoptados por la Comunidad de Madrid.

- Imposición de modificaciones por parte de la Administración al proyecto definitivo que suponen un incremento de más del 20% de coste total de las obras inicialmente previsto, así como otras que suponen una modificación sustancial del contrato.
- Desistimiento de la Administración contratante a la ejecución del contrato.
- Suspensión de la ejecución del contrato por causas imputables al órgano de contratación durante un periodo de tiempo muy superior a ocho meses.
- Inviabilidad sobrevenida del contrato de concesión.

Antes de analizar la concurrencia de las posibles causas de resolución alegadas, es preciso recordar que nos encontramos ante una prerrogativa del órgano de contratación que, aunque se haya iniciado a instancia del contratista, tiene la potestad de acordar la resolución del contrato, sin que el incumplimiento de la Administración autorice al contratista a paralizar unilateralmente la ejecución del contrato, que, en cuanto destinado a satisfacer un interés público, impide la aplicación del artículo 1100 del Código Civil y exige atenerse a lo dispuesto en el TRLCSP (Dictamen 657/12, de 12 de diciembre).

Dicen los dictámenes 532/09, de 9 de diciembre, 331/11, de 15 de junio y 373/12, de 20 de junio, que *“los incumplimientos de la Administración sólo dan lugar a la suspensión o resolución en los casos previstos en la legislación de contratos, debiendo el contratista instar tal suspensión o resolución, pero sin que este pueda incumplir sus obligaciones so pretexto de omisión o retraso por el órgano de contratación de las suyas”*.

Señalan los citados dictámenes que, con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la exceptio non adimpleti

contractus, como de forma constante viene señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de la Sala 3ª, de 11 de octubre de 1982, RJ 1982/5353; 19 de junio de 1984, RJ 1984/3643; y 20 de diciembre de 1989, RJ 1989, 9220), y el Consejo de Estado, cuyo Dictamen n.º 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos: *“El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público insito en todo contrato administrativo. No es admisible jurídicamente escudarse en un impago de certificaciones para justificar la paralización unilateral de las obras”*. Todo ello en base a que, como recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 5986), *“el fin del contrato privilegia a quien en principio protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de la Administración no habilita al contratista para incumplir él sus obligaciones [...]”*.

En aplicación de la anterior doctrina el Dictamen 373/12, de 20 de junio, concluye que *“la empresa contratista debía haber continuado la prestación del servicio –en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa– hasta que la Administración, previa tramitación del procedimiento oportuno, hubiese acordado la resolución del contrato”*.

En consecuencia, la obligación de la empresa concesionaria es, con independencia de los posibles incumplimientos de la Administración contratante, continuar con la ejecución del contrato hasta que el órgano de contratación resuelva sobre la causa de resolución del contrato invocada por el contratista. De manera que, si el órgano de contratación acordare la resolución del contrato, cesaría la obligación de ejecutar el contrato, pero si

éste considerase la no concurrencia de la causa de resolución invocada y, por ende, la vigencia del contrato, el contratista estaría obligado a continuar la ejecución del mismo y solo podría eludir dicha obligación si, interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución desestimatoria de su solicitud solicitara con su escrito, como medida cautelar, la suspensión del acto administrativo impugnado, esto es, la continuación con la ejecución del contrato.

Por tanto, la obligación de ejecutar el contrato solo cesa cuando, bien la Administración acuerda expresamente la resolución del contrato, bien el órgano jurisdiccional acuerde la suspensión del acto impugnado y, por tanto, la ejecución del contrato hasta que resuelva sobre la existencia de causa de resolución del mismo.

Se observa que el concesionario alega varias causas de resolución contractual. En relación con la concurrencia de varias causas de resolución, es doctrina reiterada del Consejo Consultivo (dictámenes 270/09, de 20 de mayo, 408/09, de 22 de julio y 289/11, de 1 de junio) que, debe aplicarse de manera preferente la causa que se hubiera producido antes desde un punto de vista cronológico, de acuerdo con la doctrina seguida por el Consejo de Estado.

Esta doctrina es especialmente aplicable cuando concurren varias causas de resolución que tienen alcance diverso en cuanto a su funcionamiento y efectos.

Se observa que, en el presente caso, tal y como ha quedado relacionado en los hechos, la ejecución del contrato quedó paralizada el día 14 de enero de 2010 (acta nº 83), documento en el que se hizo constar que el órgano de contratación solicitó a la concesionaria y a la empresa constructora que le informara de la fecha de terminación de los trabajos y de la respuesta de la concesionaria: *“dado que no se dispone de financiación se deben paralizar*

los trabajos y a día de hoy no tienen conocimiento de cuándo se van a poder retomar los mismos, por lo que quedarán paralizados sine die”.

Aprobado un nuevo plan de trabajo el 27 de diciembre de 2010, con la consiguiente prórroga del plazo para la finalización de las obras, el plan preveía un período de actividad de búsqueda y obtención de financiación hasta el 31 de agosto de 2011. Actividad que fracasó, como puso de manifiesto el concesionario en su escrito de 7 de octubre de 2011, y que determinó el incumplimiento de la obligación del concesionario de ejecutar la obra conforme al proyecto aprobado y los nuevos plazos. De manera que el 1 de septiembre de 2011, el concesionario debía haber continuado con la ejecución de las obras que continuaron paralizadas ante la falta de financiación, de manera que el día 31 de enero de 2013, fecha en la según el informe del Subdirector de Obras debían haber finalizado las obras de construcción del proyecto, éstas no fueron concluidas.

El presente expediente de resolución contractual se inicia por la empresa contratista el día 12 de junio de 2015, cinco años después de la paralización de las obras.

CUARTA.- La primera causa de resolución invocada por la empresa contratista es el incumplimiento de la Administración de la obligación esencial de financiar parte del coste de la obra con la cantidad de cincuenta millones de euros. La concesionaria considera el incumplimiento de esta obligación de la Administración como una obligación esencial y, como tal, determinante de la resolución del contrato, al amparo del artículo 111.g) TRLCAP.

El incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales puede ser imputable al contratista o a la Administración. Si es imputable al contratista, la Administración podrá resolver el contrato en todo caso. Si el incumplimiento del contrato es imputable a la Administración, según el

artículo 112.10 TRLCAP, “originará la resolución de aquél solo en los casos previstos en esta Ley”, y determinará, conforme al artículo 113.3 TRLCAP, con carácter general, “el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista”. El contratista habrá de instar la resolución del contrato que deberá ser acordada por el órgano de contratación. Mientras se resuelva el procedimiento de resolución instado por el contratista, éste estará obligado a continuar con la ejecución del contrato.

En la regulación contenida en el artículo 111.g) TRLCAP, no era necesario que la obligación incumplida hubiera sido calificada como esencial en los pliegos o en el contrato para que su incumplimiento pudiera ser causa de resolución. En este sentido, el Dictamen 443/09, de 16 de septiembre señala:

“El artículo 111.g) TRLCAP, a diferencia de la actual LCSP que exige en su artículo 206.g) que estas obligaciones esenciales hayan sido calificadas así en los pliegos o en el contrato, no exigía esta concreción, debiendo determinarse cuando una obligación era de carácter esencial en atención a las circunstancias concurrentes, habiendo declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de junio de 2002 que “el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial” y debiendo dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos”.

Doctrina recogida también en el Dictamen 503/11, de 21 de septiembre, que resalta «la indiscutida exigencia legal y jurisprudencial (SSTS, Sala 3^a, de 26/1/01, 14/6/02 y 25/5/04) de que los incumplimientos se refieran a obligaciones “esenciales” del contrato limita en buena medida la potestad resolutoria de la Administración. Como ha señalado el Tribunal

Supremo en numerosas sentencias (así por ejemplo SSTS, Sala 3ª, de 6/4/87 y 14/11/00), en su determinación deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados.

En anteriores dictámenes de este Consejo, interpretando el artículo 111.g) TRLCAP, se ha entendido qué cláusulas contractuales esenciales son aquéllas que tienden a la determinación y concreción del objeto del contrato y que por tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato. Así, se ha dicho, la interpretación del artículo 111.g) de la TRLCAP debe hacerse bajo el prisma de la jurisprudencia que considera que para apreciar la existencia de una causa de resolución “el incumplimiento ha de ser grave y de naturaleza sustancial”, como se establece entre otras en Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 2002 y Sentencia de 2 de abril de 1992».

En el caso que nos ocupa, el incumplimiento alegado por el concesionario consiste en la falta de financiación por la Administración de parte de la obra a la que se había comprometido.

El contrato contempla en su estipulación 7.2, en la que se regulan los derechos del concesionario, en primer lugar el derecho a:

“Recibir, de acuerdo con lo previsto en el PCAP, la cantidad de 50.000.000 euros por la realización de las obras contempladas en el Convenio de Colaboración suscrito por la Comunidad de Madrid y

por el Ayuntamiento de Móstoles anexo al PCAP, durante el cuarto año desde la firma del citado Convenio”.

Del PCAP resulta que esta obligación, derivada del Convenio de Colaboración entre la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Móstoles para la financiación de la construcción, conservación y explotación de la línea ferroviaria Móstoles-Navalcarnero, mediante contrato de concesión de obra pública, de 15 de marzo de 2006, consistía en el abono, por parte del Ayuntamiento de Móstoles, de una transferencia de capital a favor del concesionario de 50.000.000 € para financiar el soterramiento de la vía desde el cruce con la carretera A-5 y prolongación de la vía prevista en el nuevo trazado hasta la Estación Móstoles-Central (en el proyecto inicial, la línea se iniciaba en Móstoles-El Soto).

El abono de la citada cantidad por el Ayuntamiento de Móstoles debía realizarse *“durante el cuarto año desde la firma del presente Convenio”*, por lo que el plazo expiraba el 15 de marzo de 2010.

La concesionaria considera que el incumplimiento de esta obligación de financiación es exigible a la Comunidad de Madrid, al no tener acción alguna frente al Ayuntamiento de Móstoles, al tratarse de una obligación derivada de un convenio firmado entre dicho Ayuntamiento y la Comunidad de Madrid. Además, al tratarse de una obligación de carácter esencial, su incumplimiento permite la resolución del contrato.

La propuesta de resolución considera improcedente la resolución del contrato por esta causa al carecer la Comunidad de Madrid de legitimación pasiva respecto de esta pretensión, al no haberse producido incumplimiento del órgano de contratación ni, por ende, del Ayuntamiento de Móstoles, al no haberse producido el soterramiento de la vía desde el cruce con la carretera A-5 hasta la estación de Móstoles-Central. Así, la propuesta de resolución entiende que el abono de la cantidad comprometida por el

Ayuntamiento de Móstoles estaba sujeto al cumplimiento de una condición suspensiva: el soterramiento de la vía y que, *“el concesionario solo adquiriría el derecho a obtener la financiación del Ayuntamiento cuando finalizara las obras de soterramiento”*.

Como es sabido, en el contrato de concesión de obras públicas, las obras públicas objeto de concesión son financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asume el riesgo en función de la inversión realizada. Sin embargo, también es posible la financiación de la concesión por la Administración concedente e, incluso, como sucede en el presente caso, por otra Administración.

Así, la posibilidad de financiación de la concesión por otra Administración, estaba prevista en el artículo 224.4 TRLCAP, que preveía que *“la construcción de la obra pública objeto de concesión podrá asimismo ser financiada con aportaciones de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente, en los términos que se contengan en el correspondiente convenio, y con la financiación que pueda provenir de otros organismos nacionales o internacionales”*.

Se trataría, por tanto, de una ayuda del Ayuntamiento de Móstoles en la construcción de la obra o financiación parcial. De conformidad con el artículo 236.2 TRLCAP, *“el importe de la financiación que se otorgue podrá abonarse en los términos pactados, durante la ejecución de las obras, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 de esta Ley, o bien una vez que aquéllas hayan concluido, en la forma en que se especifica en el artículo 245 de esta Ley”*. El artículo 145 TRCLAP hacía referencia a las certificaciones y abonos a cuenta, lo que no parece aplicable al presente caso, ya que el PCAP y el contrato se limitan a reconocer el derecho a recibir la cantidad de 50.000.000 € *“por la realización de las obras contempladas en el Convenio de Colaboración suscrito por la Comunidad de Madrid y por*

el Ayuntamiento de Móstoles anexo a este pliego, durante el cuarto año desde la firma del citado Convenio”. Se trataría, por tanto, del supuesto en el que la aportación de la Administración se abonaría *“una vez concluidas las obras”*, y que según el artículo 245 TRCLAP eran satisfechas mediante la aplicación de la normativa sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total, que supone que no hay concierto por piezas o medidas, sino concierto a precio alzado de una obra completa y terminada. Obras que consistían en el soterramiento de la vía desde el cruce con la carretera A-5 y la prolongación hasta la Estación Móstoles-Central y que, como resulta acreditado en el expediente, quedaron paralizadas desde el día 14 de enero de 2010, por lo que, al no estar concluidas, no resultaba procedente su abono, por lo que no es exigible el cumplimiento de la obligación ni, en consecuencia, puede hablarse de incumplimiento del Ayuntamiento de Móstoles.

QUINTA.- El concesionario alega como causa de resolución del contrato la imposibilidad sobrevenida de explotación de la obra pública debido a los acuerdos adoptados por la Comunidad de Madrid.

Cita, al efecto, el Plan de Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías para Madrid 2009-2015, y el Protocolo de Colaboración para Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías entre el Ministerio de Fomento y la Comunidad de Madrid firmado el 17 de diciembre de 2009. El primero, presentado conjuntamente por el Ministerio de Fomento y la Comunidad de Madrid, preveía la construcción por la Comunidad de Madrid de una nueva línea de Cercanías Ferroviarias desde la estación de Móstoles hasta Navalcarnero, dejando preparada su posible conexión con la línea C-5. El segundo, en su estipulación 3.2.d), preveía expresamente la puesta a disposición de dicha infraestructura ferroviaria a favor de Renfe-Operadora para que fuera esta última quien directamente la explotara.

La propuesta de resolución considera que los citados planes no pueden constituir la causa de resolución contemplada en el artículo 264 TRLCAP, dado el carácter genérico y el escaso alcance obligacional de ambos. Además, considera de aplicación la estipulación 7.5 del contrato y 43 PCAP que establece que *“no se derivarán en ningún caso responsabilidades para MINTRA, ni para CRTM en virtud de sus competencias en la prestación del servicio, respecto a: ... g) El aumento, supresión, reducción o modificación de las líneas de transporte colectivo que sirven actualmente a la zona, o las que se prevean en un futuro para prestar servicio, por parte de otras Administraciones Públicas competentes”*.

En el presente caso, no queda acreditado en el expediente que los Planes y Protocolos firmados por la Comunidad de Madrid hayan afectado de tal modo a la concesión que imposibiliten la explotación de la obra pública, cuando todavía no ha comenzado la explotación de la misma ni se han ejecutado ninguno de los planes proyectados. Para la aplicación de esta causa de resolución del contrato de concesión es preciso que la imposibilidad de explotación sea real y efectiva, lo que no sucede en el presente caso. Así, el Plan de Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías para Madrid 2009-2015 solo contemplaba una posibilidad de conectar la futura infraestructura ferroviaria con la línea de cercanías C-5, sin generar derecho ni obligación alguna al respecto y sin, transcurrido el período de vigencia del Plan, haya llegado a realizarse.

Por su parte, el Protocolo tenía por objeto fijar un marco genérico de colaboración entre la Administración General del Estado y la Comunidad de Madrid para las nuevas infraestructuras. De manera que, una vez finalizada la construcción de las mismas se firmaría por los respectivos organismos los convenios específicos. Convenios que habían de contemplar los distintos mecanismos y compromisos para articular la coordinación de los firmantes

en la ejecución de las infraestructuras ferroviarias por parte de MINTRA o de los terceros contratados.

Resulta, por tanto, procedente desestimar esta causa de resolución invocada por la concesionaria.

SEXTA.- El concesionario alega como causa de resolución la imposición de modificaciones por la Administración contratante al Proyecto Definitivo inicialmente aprobado que suponen un incremento de obra objeto del contrato de concesión de más del 20% del coste total de las obras inicialmente previsto, modificaciones *“ya ejecutadas en obra e, insistimos, obedecen a instrucciones concretas de la Administración concedente que por supuesto las ha aceptado”*. Alega, además, que las contenidas en el requerimiento de 30 de julio de 2014 suponen una modificación sustancial del contrato, por lo que procede la resolución del mismo.

La propuesta de resolución considera, en cambio, que las modificaciones contractuales exigen un procedimiento previsto en el artículo 101 TRLCAP, y que no queda acreditada la existencia de una conducta activa por parte de MINTRA consistente en la imposición de tales modificados, requisito esencial éste, conforme al tenor literal del artículo 240.2 TRLCAP, para que proceda la resolución del contrato de concesión por esta causa. Respecto de las obras requeridas en julio de 2014, la propuesta de resolución considera que se trata de obras de reposición y, como tales, *“medidas preventivas ante el mal estado de las obras tras el abandono culpable de las mismas por el concesionario”*.

El artículo 240.2 TRLCAP establece que *“el concesionario podrá solicitar la resolución del contrato cuando el órgano de contratación imponga modificaciones en la fase de ejecución que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 por 100 del importe*

total de las obras inicialmente previsto o representen una alteración sustancial del proyecto inicial”.

La cantidad del 20% del importe total de las obras inicialmente previsto opera como límite a partir del cual el contratista no está obligado a soportar las modificaciones del contrato que, en virtud del ius variandi, puede imponerle la Administración contratante.

El precepto exige, como indica la propuesta de resolución, la tramitación de un procedimiento previo de modificación del contrato. En caso de que la modificación propuesta no supere el 20%, el concesionario tendrá obligación de soportarlo. En el supuesto de que si se superara tal porcentaje, el concesionario tendrá la opción de resolver el contrato o aceptar la modificación propuesta. Se trata de potestad previa a la realización de la modificación. No parece que, una vez aceptada la modificación del contrato y ejecutada ésta, pueda pretenderse la resolución del mismo.

El concesionario alega que ha habido un incumplimiento de la Administración, que no ha aprobado los proyectos complementarios presentados por las modificaciones ejecutadas, según instrucciones de la Administración concedente.

Sobre las modificaciones ejecutadas sin procedimiento previo, es preciso recordar que, como declara el Dictamen del Consejo de Estado de 21 de abril de 1994, *«los expedientes de modificación contractual no son, obviamente, vías adecuadas para regularizar y dar carta definitiva de naturaleza a modificaciones ya ejecutadas, sino que son un “Prius” de tales alteraciones que sólo podrán llevarse a cabo después de haber sido autorizadas a través de un expediente de este tipo».*

En relación con las modificaciones realizadas en ejecución del requerimiento de 30 julio de 2014 y que, según el concesionario, suponen

una alteración sustancial del proyecto inicial, por lo que le atribuyen la posibilidad de solicitar la resolución contractual, tampoco puede prosperar esta causa de resolución.

El requerimiento realizado en julio de 2014, al igual que los hubieren de hacerse durante el año 2011, tenían por objeto el resolver la situación de facto creado tras una paralización de las obras en enero de 2010 por falta de ejecución de las actuaciones proyectadas y que queda acreditada con la solicitud formulada por el Ayuntamiento de Navalcarnero en enero de 2011. Se trata de una manifestación de otra de las prerrogativas de la Administración, la de inspeccionar y vigilar las obras y requerir al concesionario la adopción de las medidas oportunas ante el mal estado de conservación de las obras y el interés público de los ciudadanos de los municipios afectados, que han visto paralizadas las obras por más de cuatro años, con las molestias que ello convella.

SÉPTIMA.- Invoca también el concesionario como causa de resolución el desistimiento de la Administración, que ha requerido al concesionario para la realización de obras consistentes en la ejecución de reposiciones en el municipio de Móstoles con el objeto de restituir las zonas afectadas por las obras ejecutadas hasta la fecha. Así, considera de aplicación la causa prevista en el apartado h) del artículo 264 TRLCAP, que prevé como causa de resolución del contrato de concesión de obra pública *“la supresión de la explotación de la obra pública por razones de interés público”*.

La Administración consultante, tras examinar doctrinal y jurisprudencialmente la figura del desistimiento contractual, considera en su propuesta de resolución la improcedencia de la misma, toda vez que no ha habido un desistimiento de la Administración sino *“un incumplimiento de la sociedad concesionaria ante la cual se han tomado unas decisiones en aras de lo que era mejor para el interés público, incluida la restitución que*

se solicitó por parte de esta Administración tras la solicitud del Ayuntamiento a consecuencia de la paralización de las obras y del grave perjuicio que suponía”.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de junio de 2014 (recurso contencioso-administrativo nº 41/2014) declara que no es posible considerar resuelto el contrato en cuanto no se acredite en forma legal la adopción de acuerdo alguno de supresión de la explotación de la obra por razones de interés público.

En el presente caso, todos los actos de la Administración han estado dirigidos a la continuación del contrato. Así, en el requerimiento efectuado el 29 de noviembre de 2012 por el Viceconsejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda se solicitaba al concesionario que reanudara *“la ejecución de las obras previstas en el proyecto de construcción aprobado con fecha 28 de agosto de 2008 y de todas las actividades que son necesarias para la puesta en funcionamiento de la nueva línea ferroviaria”.*

Reanudación que se solicitó, igualmente, el día 6 de marzo de 2014, en consonancia con la Proposición no de ley aprobada por el Pleno de la Asamblea de la Comunidad de Madrid en la que se instaba al gobierno para que exigiese a la concesionaria la reanudación inmediata de las obras de la línea de transporte ferroviario.

Además, para que pudiera producirse el desistimiento de la Administración, al igual que la resolución por mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista, sería preciso que no existiera causa de resolución imputable a este último, pues la Administración no puede renunciar a los efectos legalmente previstos para el caso de resolución del vínculo contractual por culpa del contratista ya que, de otra forma, se estaría perjudicando el interés público ínsito en todo contrato administrativo.

OCTAVA.- El concesionario solicita también la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 149.c) TRLCAP para el contrato de obras: haber permanecido la ejecución de la obra suspendida por causas imputables al órgano de contratación durante un período de tiempo superior a ocho meses.

La propuesta de resolución rechaza esta causa porque considera que no ha habido un acto formal de suspensión de la obra y que la paralización de las mismas es imputable a la empresa contratista.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, el día 14 de enero de 2010 las obras de construcción de la línea ferroviaria Móstoles-Navalcarnero quedaron paralizadas por falta de financiación, según se expuso en el acta, incumpliendo así el contratista su obligación de continuar con la ejecución del contrato.

Como se ha señalado anteriormente, la resolución del contrato invocada por el contratista por un incumplimiento de la Administración no es automática y exige un procedimiento que tramita el órgano de contratación y que, hasta que no finalice con el acuerdo de resolver el contrato, el contratista tiene obligación de continuar con la ejecución. En este sentido, el escrito presentado el día 29 de julio de 2010 por la sociedad concesionaria solicitaba la suspensión provisional de la ejecución del contrato. Solicitud de suspensión provisional que quedó sin efecto cuando el concesionario pidió el 27 de octubre de 2010 que se tuviera por no solicitada y dejara sin efecto la solicitud de resolución del contrato de concesión y por manifestada la voluntad del concesionario de cumplir con sus compromisos contractuales.

A pesar de la paralización de las obras, el órgano de contratación tuvo en cuenta la crisis y concedió un nuevo plazo para la búsqueda de financiación y posterior reanudación de las obras. A partir del 1 de septiembre de 2011, fecha en la que debía haberse continuado la ejecución de las obras, según el

nuevo plan de trabajo presentado, comenzó el nuevo incumplimiento del concesionario, que no reinició los trabajos a los que se había comprometido.

La solicitud de modificación contractual formulada posteriormente no es óbice ni ampara la paralización de las obras que, durante toda la tramitación del procedimiento de modificación contractual y hasta su finalización por resolución, deben continuarse, según el proyecto primitivo.

Por ello, no puede hablarse de suspensión por más de ocho meses de las obras y, por ende, de la existencia de esta causa de resolución imputable a la Administración. En este sentido, carece de sentido la exigencia de acta de reinicio de las obras pues previamente debe haber habido un acto de suspensión. Suspensión del contrato que debe ser expresa, mediante el levantamiento de un acta *“en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél”* que, de acuerdo con el artículo 102 TRLCAP, solo es posible que pueda ser acordada por la Administración (lo que no ha sucedido en el presente caso) o, en el supuesto del artículo 99 TRLCAP, acordada por el contratista solo en el caso de demora de la Administración en el pago superior a cuatro meses, lo que tampoco ha ocurrido.

No es posible, como afirma el concesionario en su escrito de inicio del procedimiento de resolución contractual, que la suspensión de las obras se desprendía del nuevo plan de trabajo (documento que no aporta el interesado) porque, como decimos, la suspensión requiere un acuerdo expreso de la Administración y el levantamiento de un acta. La resolución de 27 de diciembre de 2010 que aprobaba el nuevo plan de trabajo concedía una *“prórroga del plazo para la finalización de las obras, si bien durante el tiempo en el que el nuevo plan prevé únicamente la actividad de búsqueda y obtención de la financiación, deberán realizarse las obras y actuaciones que se relacionan en el acta...”*.

NOVENA.- Finalmente, el concesionario solicita la resolución del contrato por inviabilidad sobrevenida del mismo. Alega que las anteriores causas de resolución alegadas (incumplimiento por parte del Ayuntamiento de Móstoles del pago de 50.000.000 €, el Plan de Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías para Madrid 2009-2015 y el Protocolo de Colaboración para Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías entre el Ministerio de Fomento y la Comunidad de Madrid, suscrito el 17 de diciembre de 2009, y la falta de aprobación expresa del proyecto complementario presentado por el concesionario para incluir las ampliaciones/modificaciones efectuadas siguiendo instrucciones de la Administración), unido a la paralización de la práctica totalidad de los desarrollos inmobiliarios previstos en Móstoles y Navacarnero y el inicio de la crisis financiera general, todas ellas causas ajenas a la voluntad del concesionario, han determinado la falta de financiación del proyecto, y hacen a éste inviable.

Considera que existe una concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que hacen sobrevenidamente inviable la ejecución del contrato y que, de resultar de aplicación al contrato el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), le sería de aplicación la causa de resolución prevista en el artículo 223.g): *“la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”*.

La propuesta de resolución considera que, formalmente, ninguna de estas causas de resolución aparecen previstas expresamente ni el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares ni en la normativa que resulta de aplicación en el contrato. Además, reitera que la normativa contractual

aplicable establece como notas consustanciales al contrato de concesión de obra pública el principio de riesgo y ventura del contratista, consagrado en el artículo 239.1 TRLCAP, que establece que:

“Las obras se construirán a riesgo y ventura del concesionario, de acuerdo con/o dispuesto en los artículos 98 y 144 de esta ley, salvo para aquella parte de la obra que pudiera ser ejecutada por cuenta de la Administración, según lo previsto en el apartado 2 el artículo 236, en cuyo caso regirá el régimen general previsto para el contrato de obras”.

En este mismo sentido, la cláusula 43 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares deja claro que el concesionario asume los riesgos de toda índole que se deriven del proyecto, construcción, explotación y conservación de la línea.

Así, según la propuesta de resolución, era obligación del concesionario obtener la financiación necesaria para ejecutar las obras objeto del contrato de concesión, que le serían remuneradas en fase de explotación. Si no es posible obtenerla acudiendo al mercado financiero, la concesionaria viene obligada a obtenerla de otra forma, acudiendo a los recursos propios o a otros mecanismos financieros que la sociedad concesionaria o sus accionistas pongan a su disposición para cumplir las obligaciones adquiridas contractualmente.

La propuesta de resolución tiene en cuenta, además, la oferta asumida por la adjudicataria del contrato como mejora, el 100% del riesgo de demanda, cuando el PCAP no obligaba, en ningún momento, a asumir dicho porcentaje. Esta mejora resultó determinante para que la oferta de la adjudicataria fuera considerada la más ventajosa frente a los restantes licitadores.

La doctrina del riesgo imprevisible constituye una excepción a la regla de la inalterabilidad del contrato, de la que se deriva, en el ámbito de la contratación administrativa, el principio de riesgo y ventura del contratista.

Como excepción que es a este principio general, debe fundamentarse en sólidas razones, tanto de orden cualitativo, razones insólitas o inesperadas, como de orden cuantitativo, siendo preciso que la alteración del equilibrio del contrato rebase los límites razonables de aleatoriedad que todo contrato de tracto sucesivo lleva consigo.

La evolución jurisprudencial de la materia ha devenido en que el Tribunal Supremo considera que *“no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible, los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias”* (STS de 2 de marzo de 1999), y declara la necesidad de comprobar el caso concreto partiendo de la incidencia de una circunstancia imprevista e independiente de la buena gestión de la empresa. Tal doctrina se recoge igualmente en sentencias de los tribunales superiores de justicia (STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2004, o STSJ de Castilla y León de 15 de mayo de 1998).

La teoría del riesgo imprevisible no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico como causa de resolución del contrato, por lo que no podría aplicarse, en el presente supuesto, para contrarrestar el principio de riesgo y ventura del contrato.

Su aplicación procede para el caso de reestablecimiento del equilibrio económico del contrato y su aplicación ha de hacerse de forma restrictiva.

En este sentido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de enero de 2015 (recurso de casación 449/2012) se pronuncia, con ocasión del recurso interpuesto en relación al contrato de concesión de obras públicas para la

construcción, conservación y explotación de diversos tramos de autopista sobre la posibilidad de que la falta de tráfico pueda considerarse “un riesgo imprevisible” que lleve a modificar los contratos de concesión de autopistas de peaje. Según la Sentencia citada:

«El estudio de la solución que haya de darse a dicha cuestión exige previamente efectuar las consideraciones que siguen.

La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda, es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación

financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (“ius variandi” o “factum principis”), o por hechos que se consideran “extra muros” del normal “alea” del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000 , que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del “ius variandi”; el artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP , introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de “ius variandi”, fuerza mayor, “factum principis” y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011 , que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración.

Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla».

La Sentencia cita, a su vez, lo resuelto en Sentencia de 4 de febrero de 2014 (casación 486/2011) en un litigio similar sobre el principio de riesgo y ventura:

“Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción.

Actualmente llevamos años en crisis económica pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo.

Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo”.

Por lo tanto, como señala la propuesta de resolución ni existió, ni existe el riesgo que describe el escrito de solicitud de resolución porque, entre otras razones, la estipulación 7.5 del contrato establecía la asunción por el concesionario de los riesgos y responsabilidades derivados del proyecto, construcción, explotación (operación y mantenimiento) y conservación de la línea, mencionando —entre otros— la evolución del número de viajeros en la línea objeto de la concesión, la evolución de los residentes en el entorno de las estaciones o *“el aumento, supresión, reducción o modificación de las líneas de transporte colectivo que sirven actualmente a la zona, o las que se prevean en un futuro para prestar servicio, por parte de otras Administraciones Públicas competentes”.*

En el presente caso, el verdadero problema surgido en la ejecución del contrato es la falta de financiación del proyecto. Falta de financiación del

proyecto que obedece, según resulta de la carta del Banco Santander, a la oferta formulada por el adjudicatario del contrato, configurado en base a un riesgo demanda. En este sentido, la misiva muestra *“plena disponibilidad para llevar a cabo otros análisis sobre financiabilidad del Proyecto, siempre que el mismo disponga de otras fórmulas para su sostenibilidad que no sean exclusivamente el riesgo demanda, de acuerdo a los estándares actuales de financiación de este tipo de proyectos”*.

Es preciso recordar que la oferta asumida por el adjudicatario del contrato como mejora era el 100% del riesgo de demanda, cuando el PCAP no obligaba, en ningún momento, a asumir dicho porcentaje.

En este sentido, es clarificador el informe del Secretario General de Consorcio Regional de Transportes que dice:

“..., puede afirmarse sin duda que las características de la oferta del concesionario han sido la causa principal por la que no ha podido obtener la financiación necesaria para completar sus fondos propios y acometer el proyecto; y todo ello más allá de los argumentos de la concesionaria basados en el riesgo imprevisible de la crisis económica.

En efecto, debe traerse a colación que, frente a lo que manifiesta la sociedad en su escrito, en los pliegos se contemplaba la posibilidad de solicitar una banda mínima de ingresos garantizados, a los que renunció, obteniendo por tal causa una puntuación más elevada en los criterios de adjudicación, posibilidad que sí fue utilizada por otros licitadores”.

En consecuencia, resulta improcedente la causa de resolución invocada por el concesionario.

En mérito a lo que antecede este Consejo Consultivo extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato administrativo “Concesión de redacción de proyecto, construcción y explotación de obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles Central y Navalcarnero” por las causas invocadas por el concesionario.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 16 de diciembre de 2015

El Presidente del Consejo Consultivo

CCCM. Dictamen nº 545/15

Excmo. Sr. Consejero de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

C/ Maudes, 17, 28003 Madrid