

Dictamen n^o: **155/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **24.04.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 24 de abril de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre interpretación del contrato de concesión denominado *“Concesión de obra pública para la construcción y explotación del Hospital Puerta de Hierro Majadahonda”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 27 de marzo de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Sanidad, relativa al expediente de interpretación del contrato de concesión de obras públicas ya reseñado.

El estudio de la ponencia ha correspondido por reparto de asuntos a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 24 de abril de 2013.

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

SEGUNDO.- Con anterioridad al presente expediente de interpretación contractual, con fecha 20 de noviembre de 2012, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria dictó *“Acuerdo de inicio del procedimiento de interpretación del contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, construcción y explotación del Hospital Puerta de Hierro de Majadahonda”*.

En su tramitación, se solicitó entonces a este Consejo Consultivo Dictamen sobre las siguientes cuestiones:

1. *“La adecuación a Derecho del ejercicio por parte del órgano de contratación de la potestad de interpretar el contrato, en relación a los efectos de la prórroga concedida reconociendo el incremento 3 meses en la duración del contrato, finalizando el mismo el día 17 de julio de 2035, interpretando que los costes generados por dicha prórroga están incluidos en el coste de las mayores inversiones reconocidas.*
2. *La conformidad a Derecho del ejercicio por parte del órgano de contratación de la potestad de interpretar el contrato, en relación con la no modificación del Modelo Económico Financiero por la diferencia existente de 2.702.931,76 € entre el proyecto de licitación y ejecución y el Modelo Económico Financiero presentado en la oferta de la Sociedad Concesionaria”.*

Dicha solicitud dio lugar al Dictamen 92/13 aprobado en la Comisión Permanente de este Consejo de 13 de marzo de 2013, en el que concluimos que el procedimiento de interpretación había incurrido en caducidad, sin perjuicio que si el órgano de contratación lo estimaba oportuno pudiese proceder a incoar un nuevo procedimiento.

Con fecha 19 de marzo de 2013 la viceconsejera de Asistencia Sanitaria dictó resolución de declaración de caducidad y archivo de las actuaciones en el procedimiento.

TERCERO.- Con fecha 20 de marzo de 2013 el mismo órgano dictó nuevo Acuerdo de inicio del procedimiento de modificación del contrato en el que se recoge:

“De acuerdo con las prerrogativas que ostenta el órgano de contratación para la modificación de los contratos administrativos en virtud de los arts. 59 y 249.1 a) del 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; mediante la presente Resolución el órgano de contratación ACUERDA EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO por mayores inversiones, en atención a la tramitación de los expedientes 1 y 2 de modificación del contrato para la redacción del proyecto, construcción y explotación del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Majadahonda, la cual conllevará, de conformidad con lo previsto en la Cláusula 14 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de referencia (en adelante, PCAP), que el Plan Económico Financiero recoja, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes de construcción”.

Notificado a la sociedad concesionaria, la misma se opone mediante escrito presentado con fecha 21 de marzo de 2013. En sus alegaciones muestra su disconformidad con la totalidad de los importes y procedimientos de cálculo adjuntos a la Resolución, destacando, respecto de la parte relativa al presente dictamen que:

“1º. No se han reconocido la totalidad de las inversiones realizadas por esta Sociedad Concesionaria, y en consecuencia, no podemos estar de acuerdo con el importe del PFRO.

2º. No están aplicando a esta Sociedad los costes inducidos por la prórroga de tres meses tal, así como los efectos derivados de ella, tal y

como aparece en el clausulado del PCAP (15.3 y 20). Prórroga, insistimos, aprobada por el órgano de Contratación en fecha 11 de Octubre de 2007”.

La sociedad concesionaria solicita que se apliquen las previsiones del contrato de construcción de obra pública, reconociendo su derecho a obtener un restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión por el concepto objeto de su escrito de reclamación de 31 de enero de 2012, que se aporta al presente expediente. Señala que en este escrito solicitó dicho restablecimiento en virtud de *“la determinación del Precio Final Reconocido de la Obra (PFO); de otros mayores costes derivados del mayor importe de este respecto de los costes presupuestados en la licitación y en la adjudicación; de los mayores costes inducidos por la prórroga de tres meses del plazo de ejecución de la obra motivada por causas imputables a la Administración, y reconocida por ella en fecha 11 de octubre de 2007”.*

Solicita, igualmente, que se declare formalmente que, en virtud o como consecuencia de la Resolución de 11 de octubre de 2007, por la que se concedió prórroga de tres meses del plazo de ejecución de las obras, la duración total del contrato o plazo de concesión quedó a su vez prorrogada, correlativa y acumulativamente, en igual extensión.

Vistas las alegaciones, el director general de Gestión Económica y Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos, propone la desestimación de las mismas en el informe-propuesta de resolución de 21 de marzo de 2013.

Con fecha 17 de abril de 2013 tiene entrada en este Consejo Consultivo ampliación de documentación del presente expediente, por la que se acredita la notificación a la sociedad concesionaria de la anterior propuesta de resolución, con expresa mención a la suspensión del plazo para resolver.

En este estado del procedimiento, el consejero de Sanidad, a través del oficio ya reseñado, solicita a este Consejo Consultivo emita el correspondiente dictamen sobre la interpretación de las mismas cuestiones ya recogidas en el antecedente segundo de este expositivo.

CUARTO.- Como antecedentes relativos al dictamen que se solicita cabe relatar lo siguiente.

Con fecha 18 de abril de 2005, se formalizó el contrato denominado “*Concesión de obra pública para la construcción y explotación del Hospital Puerta de Hierro Majadahonda*” entre el contratista y la Consejería de Sanidad.

Con fecha 14 de septiembre de 2007, el contratista solicitó una prórroga en el plazo de ejecución de la obra por un plazo de tres meses (hasta el 15 de enero de 2008), amparándose en los cambios introducidos sobre el proyecto aprobado.

Por el director general de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública, se emite informe de 10 de octubre de 2007 (Doc. 3.3), en el que expone que se trata de una solicitud de prórroga de 3 meses adicionales, justificando la misma en las cláusulas 4, 7.f) Y 15.3 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, y sobre la base de una serie de modificaciones, solicitadas por la dirección facultativa y que afectan básicamente a las áreas de: (I) radiodiagnóstico; (II) bloque quirúrgico; y (III) laboratorios y medicina experimental.

Considera la sociedad concesionaria que dichas modificaciones afectan a la totalidad de la obra, puesto que fue necesario modificar las previsiones de logística, secuencia de trabajos y medios auxiliares. El informe de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública resalta la importancia del cumplimiento del programa de trabajo y señala que “*también es cierto que la cláusula 7.f) del PCAP reconoce el derecho del concesionario a que se*

le otorgue una prórroga de los plazos establecidos, cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos totales o parciales establecidos en el mismo fuere debido a fuerza mayor o a causa imputable a la propia Administración, en los términos previstos en el presente PCAP”.

Para determinar la posibilidad de la prórroga solicitada realiza las siguientes consideraciones:

«a) En primer lugar, hay que señalar que no todos los retrasos se deben a los cambios de alcance y modificaciones que, según dicha sociedad, se han producido durante la fase ejecución de las obras.

b) Así, la causa apuntada a las modificaciones relativas al “Bloque Quirúrgico”, no puede considerarse que la misma sea del alcance que genera un retraso.

c) Sí es cierto, sin embargo, que en relación con las unidades de “Radiodiagnóstico y Laboratorios” la causa es imputable a la Administración, debido a las modificaciones al alcance introducidas durante la ejecución.

d) Finalmente, tampoco se puede compartir la afirmación de que estas circunstancias (Radiodiagnóstico y Laboratorios) hayan afectado a la totalidad de las obras, y prueba de ello es que dicha sociedad no acredita el impacto de las mismas, sino que se limita únicamente a mencionar de forma genérica la necesidad de modificar “la logística, medios auxiliares, secuencia de trabajo, y recursos previstos inicialmente”, pero sin concretar en qué términos y de qué forma se produce dicha afección.

Ahora bien, por otra parte y sin perjuicio de lo anterior, también es preciso tener en cuenta en la presente valoración, las circunstancias concretas concurrentes, que sin duda, permiten hacer un análisis más adecuado sobre la petición de la Sociedad Concesionaria: a) En

primer lugar, que la petición de prórroga se ha realizado dentro del plazo correspondiente, con la suficiente antelación y de acuerdo con las previsiones del PCAP, lo que pone de manifiesto una actitud de buena fe por parte de la sociedad concesionaria.

b) En segundo lugar, que la prórroga solicitada apenas supera el 10% del plazo total de construcción, que era de 28 meses, de forma que la repercusión final sobre la obra, tomando en consideración otras obras públicas, se encuadra dentro de unos parámetros razonables.

c) Finalmente, que se trata del único retraso acaecido durante la ejecución de la presente obra pública, no habiéndose producido retrasos en los plazos parciales.

Por lo tanto, y en definitiva, a la vista de lo anteriormente señalado y de conformidad con las previsiones establecidas en el PCAP y el TRLCAP, así como teniendo presente las circunstancias concurrentes indicadas y el principio de proporcionalidad que ha de presidir la actuación administrativa, consideramos que, a pesar de que algunos retrasos apuntados se deben a causas imputables a la sociedad concesionaria, es procedente que se otorgue la prórroga del plazo solicitado».

Mediante Resolución de la directora general del Servicio Madrileño de Salud, de 11 de octubre de 2007, se autoriza al contratista la prórroga del plazo de ejecución de la obra de tres meses, de 16 de octubre de 2007 a 15 de enero de 2008, de conformidad con lo previsto en las cláusulas 7.f) y 15.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

A la vista de los hechos anteriores cabe realizar las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.f).4º de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud del consejero de Sanidad.

Está legitimado para recabar dictamen del Consejo Consultivo el consejero de Sanidad, conforme a lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del referido órgano consultivo autonómico, el cual establece que: *“1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, (...) 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”*.

SEGUNDA.- Con carácter inicial a examinar el fondo del asunto, debe analizarse cuál es la legislación aplicable al presente contrato así como las cuestiones de procedimiento que sean necesarias.

En primer lugar debemos partir que nos encontramos ante un reequilibrio económico de la concesión motivado por los modificados 1º y 2º del contrato, y que se solicita a este Consejo Consultivo se pronuncie sobre dos cuestiones interpretativas concretas.

En función de ello, y a fin de responder a las cuestiones planteadas, que tienen un impacto directo en el régimen económico del contrato, debemos considerar que nos hallamos ante una solicitud de interpretación contractual, y en este sentido y con estos efectos se emite el presente

informe, que se ceñirá lógicamente a los dos puntos cuya interpretación se solicita.

El contrato de cuya interpretación se trata, es un contrato de concesión de obras públicas, regulado por el 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), con las modificaciones introducidas por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas. Dicha legislación es aplicable al presente contrato en virtud de su fecha de adjudicación (el 18 de abril de 2005), en aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Como ya hemos tenido ocasión de señalar en anteriores ocasiones (Dictamen 448/12 entre otros), la Administración no puede, sin más, adoptar una resolución de interpretación del contrato, sino que dicha resolución debe adoptarse en un procedimiento, debiendo observarse con carácter general las exigencias de índole procedimental que deben seguirse para tramitar, con las necesarias garantías, un expediente como el remitido en consulta.

Concretamente, el artículo 59 del TRLCAP establece que “*1. Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta*”.

Entre los trámites que se exigen se encuentra la audiencia al contratista, y, en caso de que se formule oposición expresa de éste, como garantía adicional, la remisión del expediente al Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, a efectos de que por éste se emita dictamen preceptivo y no vinculante. Esta exigencia, como veíamos

anteriormente, se concreta en el artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, para los expedientes de interpretación contractual que tramite la Administración autonómica.

Igualmente el apartado 2º del mismo artículo 59 TRLACP establece que: *“2. En la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales, los acuerdos a que se refiere el apartado anterior deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 41 y 96”.*

En el presente expediente no se ha aportado informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad. A este respecto hay que señalar que el apartado precitado no tiene carácter básico conforme la disposición final 1ª del TRLCAP (al igual que el artículo 211.2 del 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, conforme la disposición final 2ª.3 y que tiene la misma redacción).

Por su parte, el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establece en su disposición final primera el carácter no básico del artículo 97, relativo a la resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos, precepto que no contempla la regulación del procedimiento de interpretación de los contratos. A falta de un procedimiento específico previsto por la legislación de contratos para tramitar las cuestiones interpretativas que se susciten entre las partes contratantes, cabe acudir con carácter supletorio a las reglas contenidas en el Título VI de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que se constituyen como trámites necesarios el acuerdo de inicio del expediente

por el órgano de contratación, las actuaciones instructoras que correspondan, la audiencia del contratista y la solicitud de dictamen al Consejo consultivo cuando exista oposición del contratista a la interpretación propuesta por el órgano de contratación.

En cuanto al plazo de tramitación, en nuestro Dictamen 448/12 ya examinamos la procedencia de la aplicación supletoria del plazo de caducidad previsto en el artículo 42.3 LRJ-PAC a los procedimientos de interpretación del contrato.

Así, decíamos que es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de julio de 2009 (recurso de casación 4682/2007) y 28 de mayo de 2008 (recurso de casación 82/2005) que el artículo 42.3.a) de la Ley 30/1992, tras la redacción dada por la Ley 4/1999, establece con toda claridad que *«el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa se contará en los procedimientos iniciados de oficio, “desde la fecha del acuerdo de iniciación”. Añadiendo con igual claridad su artículo 44.2, tras esa nueva redacción, que en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite potestades de intervención susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, como es el caso, el vencimiento de ese plazo máximo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa produce, como efecto jurídico, el de la caducidad y consiguiente archivo de las actuaciones»*.

El procedimiento de interpretación del contrato, al igual que el de resolución, es un procedimiento en el que la Administración ejerce una potestad de intervención susceptible de producir efectos desfavorables o de gravamen. La Administración ostenta una prerrogativa de interpretación del contrato y la resolución que puede acordar el órgano de contratación, bien de oficio o a instancia del contratista, una vez tramitado el procedimiento que, en caso de oposición del contratista, exige dictamen preceptivo del Consejo de Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad

Autónoma, si lo hubiere (ex. artículo 59 TRLCAP y 13.1.f LCC), pondrá fin a la vía administrativa y será inmediatamente ejecutiva.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1999, la facultad de interpretar de la Administración no tiene otro alcance que evitar el perjuicio para el interés público que se seguiría de la interrupción de la prestación del servicio público en tanto se despejan las dudas sobre la interpretación de las cláusulas del contrato. Por tanto, parece lógico que este procedimiento de interpretación esté sometido a un plazo y no puede tramitarse indefinidamente, porque sería contrario al interés público.

El Consejo Consultivo de Andalucía considera en su Dictamen 429/2012, que sí opera el instituto de la caducidad en el procedimiento de interpretación de contratos:

“En efecto, como ha reiterado este Consejo en múltiples ocasiones el instituto jurídico de la caducidad surge como reacción del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento del plazo de resolución y notificación, cuando se está ante procedimientos con efectos onerosos que han sido iniciados de oficio y no se han resuelto dentro del plazo establecido”.

No existe, sin embargo, un pronunciamiento de la jurisprudencia sobre la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos de interpretación del contrato.

Por otra parte el expediente se inicia mediante Acuerdo de 20 de marzo de 2013, y el plazo de resolución se suspende en la propia propuesta de resolución de 21 de marzo, mediante indicación expresa a los efectos de solicitar dictamen a este Consejo Consultivo, solicitud que se produce con fecha 22 de marzo de 2013 (con entrada en este Consejo el 27 de marzo), y notificada a la sociedad concesionaria.

Finalmente, es preciso señalar que la competencia para aprobar la propuesta de acuerdo interpretativo sometido a consulta, corresponde al consejero de Sanidad como órgano de contratación, que aprobó el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y firmó el contrato y, por tanto, el único competente para la interpretación del mismo

TERCERA.- Sin perjuicio de que el informe-propuesta de resolución contiene otras cuestiones que se han suscitado en el expediente de reequilibrio de la concesión, el presente Dictamen ha de ir referido, como no puede ser de otra manera, a las cuestiones de interpretación planteadas:

1º) Si los costes generados por la prórroga concedida están incluidos en el coste de las mayores inversiones reconocidas, y 2º) si procede no incluir en la modificación del Modelo Económico Financiero (MEF) la diferencia existente de 2.702.931,76 € entre el proyecto de licitación y ejecución y el modelo económico financiero presentado en la oferta de la Sociedad Concesionaria.

En este sentido la potestad de interpretar lo que disponen los pliegos y el documento contractual se ejerce “*dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley*” conforme el artículo 59.1 TRLCAP.

Como señala la jurisprudencia el PCAP es la ley del contrato, y ha de tenerse en cuenta “*la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, puesto que el artículo 3.1 del Título Preliminar prevé que la interpretación de las normas ha de basarse en el sentido propio de las palabras y el artículo 1281 del Código Civil prevé que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, ha de estarse al sentido literal de las cláusulas*” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 2 de junio de 1999, rec. casación 4727/1993).

Igualmente cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 (recurso de casación 1073/94) en la que la misma Sala señaló que: *“las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado”*.

Ahondando en la potestad de interpretación de los contratos que ostenta la Administración, parece haber coincidencia en que la potestad de interpretar los contratos y, por ende, de resolver las dudas que su ejecución plantee, no se basa en una razón de supremacía de la Administración sino en la prevalencia del interés público al que aparece vinculado todo contrato administrativo y que exige no demorar su ejecución en tanto la duda es despejada finalmente.

Por otra parte, no hay en el ejercicio de dicha prerrogativa administrativa discrecionalidad alguna, pues deben atenderse en todo caso las reglas que imperan en la hermenéutica jurídica. Por tanto, el control judicial de los actos administrativos de interpretación de los contratos es un control pleno que puede (y, en su caso, debe) sustituir la decisión administrativa por la interpretación judicial.

También existe una amplia coincidencia, doctrinal y jurisprudencial, sobre los criterios válidos de interpretación que no son otros que los establecidos con carácter general en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, si bien con el importante matiz de considerar el elemento finalista a tener en cuenta, es decir, el fin de interés público que el contrato persigue.

Es verdad que durante, algún tiempo, la jurisprudencia otorgó a la interpretación unilateral efectuada por la Administración el valor de una especie de interpretación “auténtica” (STS de 9 de diciembre de 1976).

Ello no obstante, admitir esta tesis significaría desnaturalizar el carácter instrumental y “provisional” que tiene la prerrogativa de modo que, si bien es cierto que, conforme al artículo 1281 del Código Civil es necesario tener en cuenta “*la intención evidente de los contratantes*”, no lo es menos que esa intención puede no coincidir con la interpretación llevada a cabo “*a posteriori*” por la Administración, de ahí que la jurisprudencia se aparte de la tesis de la interpretación “auténtica” y acepte sin mayores complicaciones los criterios interpretativos que establece el Código Civil (SSTS de 6 de julio de 1990, RJ 1990/6322) y 2 de junio de 1993 (RJ 1993/4331)).

CUARTA.- A partir de lo expuesto es necesario referirse al contenido de los pliegos que constituyen la ley del contrato, en aplicación del artículo 94 de la TRLCAP que establece: “*Los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares*”.

La cláusula 14 del PCAP hace referencia a la modificación del contrato y expresa:

“La Administración sólo podrá introducir modificaciones en el Proyecto de Construcción aprobado por razones de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

El expediente de modificación se instruirá y aprobará con carácter previo a la ejecución material de la modificación. En el mismo habrán de establecerse los precios de las nuevas unidades de obra que, en su caso, resulten de la modificación del Proyecto de Construcción, sobre la base de los precios de ejecución material que figuren en el cuadro de precios unitarios para cada unidad de obra del Programa de Trabajo presentado por la Sociedad Concesionaria.

El Plan Económico Financiero deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes de construcción y explotación, de conformidad con las previsiones establecidas en la Cláusula 20 del PCAP. En todo caso, las modificaciones del Proyecto de Construcción ejecutadas sin contar con la aprobación previa de la Administración no darán derecho a compensación alguna a favor de la Sociedad Concesionaria, sin perjuicio de las responsabilidades en que haya podido incurrir”.

Por su parte la cláusula 20 se refiere al “mantenimiento del equilibrio económico del contrato”. En su apartado 1 establece que *“La ejecución del contrato se desarrollará a riesgo y ventura de la Sociedad Concesionaria. No obstante lo anterior, el régimen económico del presente contrato deberá mantener las condiciones de equilibrio económico-financiero en los términos considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés de la Sociedad Concesionaria, de conformidad con lo previsto en la presente cláusula, y de acuerdo con la legislación vigente”.*

El apartado 2 de la misma cláusula establece los supuestos en los que se ha de proceder a restablecer el equilibrio económico financiero del contrato *“en beneficio de la parte que corresponda”*: cuando la Administración realice modificaciones por razones de interés público, por causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración que determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión, cuando se produzcan el resto de circunstancias previstas en el PCAP o cuando se haga uso de la prerrogativa prevista en la cláusula 10.d del Pliego (relativo a la contratación de personal).

Por su parte el apartado 4 establece:

“4. El restablecimiento del equilibrio económico - financiero de la concesión, al exclusivo efecto de compensar las repercusiones

directamente derivadas de los supuestos anteriormente señalados, dará lugar a la revisión del modelo económico financiero del contrato, sobre la base de las condiciones contenidas en la oferta adjudicataria de la siguiente forma: a) Para los años anteriores y posteriores al de cálculo de las condiciones de reequilibrio, se considerarán los datos en términos corrientes recogidos en el modelo económico-financiero del contrato (estimaciones contenidas en la oferta adjudicataria) es decir, todos los parámetros del modelo financiero (inversión incluidas reposiciones, gastos de explotación, Cantidades fijas y variables mensuales, ingresos comerciales, impuestos, dividendos pagados y los relativos a la financiación, desembolsos de capital y préstamos de cualesquiera naturaleza, pagos y gastos del servicio de la deuda, provisiones a cuentas de reserva, etc.) ”.

Hay que tener en cuenta que el equilibrio económico financiero de la concesión se considera como el conjunto de elementos que, de acuerdo con el plan económico financiero propuesto por el contratista y aceptado por la Administración, estructura financieramente el contrato, previendo la cuantía de la inversión, amortización, financiación, previsiones de la frecuentación de la obra, régimen y evolución tarifaria, entre otros aspectos.

Ha sido una constante en la práctica de la utilización de esta figura contractual el sostener una interpretación de este principio siempre favorable al concesionario hasta conseguir incluso que el riesgo del contratista desaparezca en ocasiones. Con el fin de acabar con esta costumbre, la Ley pretende que las incidencias que alteren el equilibrio económico financiero operen en beneficio tanto de la Administración como de la sociedad concesionaria (artículo 248), de forma que, ante circunstancias sobrevenidas, la recuperación del equilibrio económico contractual deberá recomponer el marco definido y pactado entre la Administración y el contratista.

El artículo 248 TRLCAP dispone:

“El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

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

- a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.*
- b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta Ley.*
- c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) y 233.1.d) de esta Ley”.*

El apartado 2 del artículo 248 recoge los supuestos tasados en los que procederá el reequilibrio de la concesión, incluyendo los tres tradicionales admitidos por la legislación y la jurisprudencia, esto es, el “ius variandi” (modificación por la Administración por razones de interés público de las condiciones de explotación de la obra), fuerza mayor (en los supuestos recogidos en el artículo 144 de la LCAP dentro del régimen del contrato de obras) y el “*factum principis*” (actuaciones de la Administración que determinan de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión) y añadiendo otros supuestos previstos en el propio contrato. No incluye sin embargo la doctrina del riesgo imprevisible (“*rebus sic*

stantibus” o de la alteración de la base del negocio), lo que no significa que no resulte aplicable, pues puede entenderse comprendida en la causa del artículo 248.2 c) *“cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1e) y 233.1.d)”* (a estas cuestiones nos referimos igualmente en nuestro Dictamen 558/09).

Establecido el marco normativo en el que resolver las dudas interpretativas sobre el equilibrio económico de una concesión, procede examinar la primera de las cuestiones sometidas a consulta.

QUINTA.- La cuestión se centra en *“La adecuación a Derecho del ejercicio por parte del órgano de contratación de la potestad de interpretar el contrato, en relación a los efectos de la prórroga concedida reconociendo el incremento 3 meses en la duración del contrato, finalizando el mismo el día 17 de julio de 2035, interpretando que los costes generados por dicha prórroga están incluidos en el coste de las mayores inversiones reconocidas”*.

La sociedad concesionaria solicitó que se incluyera en el reequilibrio económico de la concesión *“(...) los costes adicionales irrogados por la prórroga en su día acordada”*, y fijó su importe en 10.431.985,92 €.

Alega para ello el contenido de las cláusulas 15.-3 y 20 del PCAP. La primera de ellas hace referencia al plazo de ejecución del contrato, fijado inicialmente en 28 meses, y la segunda al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, ya transcrita.

De este modo en sus alegaciones realizadas en trámite de audiencia, considera que se ha producido un aumento de los costes indirectos derivados de la modificación del proyecto de construcción, de conformidad con el artículo 130 del RGLCAP, así como que procede una revisión de

los precios relativos a la parte de obra que hubo de ejecutarse por demoras imputables a la Administración más allá del plazo inicialmente establecido.

Por su parte, en el escrito de solicitud de reequilibrio de 31 de enero de 2012, resalta que el plazo de ejecución era de vital importancia, y afirma que los retrasos de la Administración dieron lugar a la ampliación del plazo de ejecución de la obra que restaba por completar, lo que supuso un incremento de costes para la concesionaria. Igualmente que *«no se trata de los costes directos que se corresponden con los costes específicos que intervienen “directamente” en la ejecución de la unidad de obra correspondiente, sino el incremento de los costes indirectos asociados a las propias instalaciones generales de la obra y que resultan imprescindibles mientras la obra se halle en curso»*.

Considera indemnizables por tal concepto los costes derivados de: *“dirección facultativa y seguridad y obra, seguros, avales, trabajadores o personal adscrito directamente a la empresa A, comisión de disponibilidad, intercalarios, mano de obra indirecta, instalaciones generales, maquinaria y elementos auxiliares alquilados, seguridad y salud, otros costes indirectos”*.

La pretensión de la sociedad concesionaria es por tanto compensar los costes derivados de *“trasladar a un periodo posterior los costes y gastos correspondientes a la parte de la obra que no pudo ejecutarse dentro de los primeros 28 meses”*.

Sin embargo ese criterio no puede ser acogido.

En primer lugar la prórroga en el plazo de ejecución de las obras fue solicitada por la propia concesionaria, y, entre otros motivos, la razón fueron las modificaciones del proyecto de construcción. De esta manera, no se trata de realizar en un plazo mayor las prestaciones a que venía obligada la concesionaria inicialmente, sino de realizar ejecuciones nuevas, derivadas

de las modificaciones, y como señala la propuesta de resolución, todo ello a cambio de la correspondiente contraprestación monetaria y con el consiguiente aumento del plazo.

De este modo el órgano de contratación, según establece igualmente la propuesta de resolución, *“procederá a restablecer el equilibrio económico del contrato sobre la base de las cuantías que resulten del expediente de modificación del proyecto de construcción”*, por lo que no resulta adecuado compensar además por el traslado a un período posterior, el de prórroga, el aumento de los costes indirectos derivados de dicha prórroga.

A ello se añade que el artículo 130.3 RGLCAP considera costes indirectos: *“Los gastos de instalación de oficinas a pie de obra, comunicaciones, edificación de almacenes, talleres, pabellones temporales para obreros, laboratorio, etc., los del personal técnico y administrativo adscrito exclusivamente a la obra y los imprevistos. (...)”*.

El apartado 1 del mismo precepto establece que *“1. El cálculo de los precios de las distintas unidades de obra se basará en la determinación de los costes directos e indirectos precisos para su ejecución, sin incorporar, en ningún caso, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que pueda gravar las entregas de bienes o prestaciones de servicios realizados”*.

Es decir, que el cálculo de los precios de las distintas unidades de obra que se abonará a la concesionaria por las modificaciones del proyecto, ya incluirán los costes indirectos conforme la normativa precitada, por lo que no resulta admisible compensar o indemnizar a dicha concesionaria por el traslado de estos costes indirectos a un período posterior, pues dicha compensación o abono ya estará incluido en los precios de las unidades de obra.

Por otra parte, tampoco puede considerarse que hayan existido *“actuaciones de la Administración”* que *“determinaran de forma directa la*

ruptura sustancial de la economía de la concesión”, actuaciones que la cláusula 20 PCAP establece como una de las causas de reequilibrio.

Así, no puede censurarse que, como consecuencia de la prórroga, hayan existido retrasos imputables a la Administración que pudieran dar lugar a una revisión de precios, como parece, según la propuesta de resolución, que argumenta el contratista. En este sentido la cláusula 7.f) del PCAP reconoce el derecho del concesionario a que *“se le otorgue una prórroga de los plazos establecidos, cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos totales o parciales establecidos en el mismo fuere debido a fuerza mayor o a causa imputable a la propia Administración, en los términos previstos en el presente PCAP”*.

Como quedó reflejado en el expositivo, la prórroga se solicitó por la sociedad concesionaria basándose en una serie de modificaciones solicitadas por la dirección facultativa y que afectaban a las áreas de radiodiagnóstico, bloque quirúrgico y laboratorios y medicina experimental, y que supuestamente implicaban retrasos en la ejecución de la totalidad de la obra.

Sin embargo la Dirección General de la Red Sanitaria Única de Utilización Pública, consideró en la tramitación de la prórroga que no se dieron los supuestos justificativos de la misma, pues algunos de los retrasos – no todos – se debieron a causas imputables a la sociedad concesionaria; y los que pudieron ser imputables a la Administración no afectaban a la totalidad de la obra. No obstante dicha prórroga se concedió atendidas las circunstancias concurrentes (brevedad del plazo de prórroga en relación al plazo total de ejecución de las obras, inexistencia de retrasos parciales y principio de proporcionalidad).

La propuesta de resolución recoge además, que tras el período de prórroga concedido (de 15 de octubre de 2007 a 15 de enero de 2008), *“el*

día 12 de febrero de 2008 se emite ACTA DESFAVORABLE haciendo constar que:

- 1.- No se han realizado pruebas finales de funcionamiento de instalaciones*
- 2.- Están pendientes de ejecutar repasos en zonas acabadas*
- 3.- Se observan deficiencias funcionales en distintos espacios*
- 4.- Existen zonas inacabadas*

Y se otorga el plazo de un mes para la finalización de la obra.

El día 13 de marzo de 2008 se emite nueva ACTA DESFAVORABLE Y se otorga el plazo de 48 días adicionales para la finalización de la obra.

Finalmente se firma el ACTA DE COMPROBACIÓN FAVORABLE el día 30 de abril de 2008”.

De este modo no cabe hablar de retraso imputable a la Administración, ni por la concesión de la prórroga ni por las circunstancias precitadas.

En otro orden de cosas, algunos de los argumentos ya expuestos son válidos igualmente para rechazar la propuesta de revisión de precios de la sociedad concesionaria. Ésta considera que no se puede pretender que los precios de su presupuesto de ejecución material se apliquen más allá del plazo inicial considerado.

En su escrito de 31 de enero de 2012, incorporado al expediente, y al que se remite en sus alegaciones de 21 de marzo de 2013, alega que “*el coste cerrado en términos de riesgo de construcción y plazo de ejecución de 28 meses están inexorablemente unidos y en ellos está implícito que, en el proceso de formación de la voluntad que condujo a proponer un*

determinado precio, se tuvo en consideración la evolución previsible de los precios durante el período de ejecución”.

Sin embargo, como ha quedado expuesto, no se trata de trasladar los precios presupuestados a un momento posterior, sino de reconocer en el expediente de reequilibrio el coste de las nuevas necesidades a que responden los modificados tramitados.

En este sentido la cláusula 14 PCAP establece que en el expediente de modificación *“habrán de establecerse los precios de las nuevas unidades de obra que, en su caso, resulten de la modificación del Proyecto de Construcción, sobre la base de los precios de ejecución material que figuren en el cuadro de precios unitarios para cada unidad de obra del Programa de Trabajo presentado por la Sociedad Concesionaria”.*

No se trata así de una revisión de precios, sino de nuevos precios que, sobre la base de los precios de ejecución material retribuyan las nuevas necesidades.

Además el PCAP no recoge ningún mecanismo de revisión de precios en la fase de construcción, lo que es acorde a un contrato como el presente, de concesión de obra pública, en el que la construcción se realiza por el concesionario a su riesgo y ventura a cambio del derecho de explotación (y como establece expresamente la cláusula 15.7 del PCAP).

SEXTA.- La segunda cuestión interpretativa que se somete a consulta es la relativa a *“la no modificación del Modelo Económico Financiero por la diferencia existente de 2.702.931,76 € entre el proyecto de licitación y ejecución y el Modelo Económico Financiero presentado en la oferta de la Sociedad Concesionaria”.*

La propuesta de resolución señala que existe una incongruencia entre la cantidad ofertada por la sociedad concesionaria en el modelo económico financiero (MEF) resumido en el Anexo XI, que es de 168.401.166 €, y

la cantidad incluida en el proyecto de licitación y aprobada en el proyecto de ejecución y construcción, que es de 171.104.091 €.

La sociedad concesionaria solicita que la diferencia (2.702.931,76 €), se incluya en el reequilibrio económico de la concesión.

Sin embargo dicha pretensión no puede ser acogida.

La cláusula 6 del PCAP establece que tendrán carácter contractual, entre otros los siguientes documentos: el proyecto de construcción y el anteproyecto de construcción, y la oferta presentada por el adjudicatario que incluye el modelo económico financiero. A ello añade que *“los documentos relacionados se interpretarán sistemáticamente por el órgano de contratación”*.

A su vez, la cláusula 20.4 del PCAP, ya transcrita, al regular el restablecimiento del equilibrio económico, establece que se realizará *“sobre la base de las condiciones contenidas en la oferta adjudicataria de la siguiente forma: a) Para los años anteriores y posteriores al de cálculo de las condiciones de reequilibrio, se considerarán los datos en términos corrientes recogidos en el modelo económico-financiero del contrato (estimaciones contenidas en la oferta adjudicataria) es decir, todos los parámetros del modelo financiero (inversión incluidas reposiciones, gastos de explotación, Cantidades fijas y variables mensuales, ingresos comerciales, impuestos, dividendos pagados y los relativos a la financiación, desembolsos de capital y préstamos de cualesquiera naturaleza, pagos y gastos del servicio de la deuda, provisiones a cuentas de reserva, etc.)”*.

Es el modelo resumen de la proposición económica del Anexo XI el que recoge todos estos parámetros, y en el que se basa la consideración de la oferta económicamente más ventajosa y que por tanto dio lugar a la adjudicación del contrato a la sociedad concesionaria.

Además hay que tener en cuenta que la garantía que constituyó la sociedad concesionaria en cumplimiento de la cláusula 18 PCAP (4% de la inversión total), se realizó sobre el importe reflejado en el MEF.

El mismo razonamiento contiene la propuesta de resolución, a través del informe de análisis sobre la diferencia detectada que se anexa a la misma, y a la que se acompaña documentación acreditativa.

En dicho informe además se relata que, detectada en su momento la diferencia de importes en la documentación de la oferta y el proyecto de construcción, se recabó consulta a la sociedad concesionaria sobre este punto; la misma remitió a estos efectos un MEF que incluía una tabla que no constaba en el MEF entregado con la documentación de la oferta, y que adecuadamente fue rechazada. Ello no hace sino acreditar el reconocimiento del error por parte de la adjudicataria.

Por todo ello para la determinación en el expediente de reequilibrio de la nueva cantidad máxima anual, derivada de las mayores inversiones aprobadas, debe tenerse en cuenta lo ofertado en el MEF, con independencia de la incongruencia que supone que se haya establecido una cantidad mayor en el proyecto de ejecución y construcción, responsabilidad que recae exclusivamente en el contratista.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula las siguientes

CONCLUSIONES

1.^a- La interpretación de que los costes generados por la prórroga aprobada en su día en el presente contrato están incluidos en el coste de las mayores inversiones reconocidas, se considera adecuada al ordenamiento jurídico.

2.^a- La interpretación de no incluir en la variación del modelo económico financiero la diferencia entre la cantidad ofertada en el proyecto de licitación y ejecución, y la reflejada en el modelo económico financiero presentado en la oferta de la sociedad concesionaria, se considera adecuada al ordenamiento jurídico.

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, 24 de abril de 2013

