

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE FOMENTO

- 9921** *Resolución de 13 de julio de 2018, de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, por la que se dispone la publicación del Acuerdo Consejo de Ministros de 13 de julio de 2018, por el que se resuelve el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-4, de Madrid a Ocaña, tramo M-50-Ocaña; la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-IV hasta la carretera N-II; del eje sureste, tramo M-40-M-50, y de la prolongación de la conexión de la carretera N-II con el distribuidor este, y actuaciones de mejora en la M-50, tramo M-409-N-IV.*

La concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-4, de Madrid a Ocaña, tramo M-50-Ocaña; la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-IV hasta la carretera N-II; del eje sureste, tramo M-40-M-50, y de la prolongación de la conexión de la carretera N-II con el distribuidor este, y actuaciones de mejora en la M-50, tramo M-409-N-IV, se adjudicó por Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre, publicándose la misma en el «Boletín Oficial del Estado» de fecha 30 de diciembre de 2000.

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 13 de julio de 2018, a propuesta del Ministro de Fomento, ha aprobado el Acuerdo por el que se resuelve el mencionado contrato de concesión administrativa, por lo que procede su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

En consecuencia, resuelvo publicar en el «Boletín Oficial del Estado» el referido Acuerdo del Consejo de Ministros, que figura como anexo a esta Resolución.

Madrid, 13 de julio de 2018.—El Delegado del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, José Javier Izquierdo Roncero.

ANEXO

Acuerdo por el que se resuelve el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-4, de Madrid a Ocaña, tramo M-50-Ocaña; la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-IV hasta la carretera N-II; del eje sureste, tramo M-40-M-50, y de la prolongación de la conexión de la carretera N-II con el distribuidor este, y actuaciones de mejora en la M-50, tramo M-409-N-IV

Antecedentes

Mediante Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre, se adjudicó la concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-4, de Madrid a Ocaña, tramo M-50-Ocaña; la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-IV hasta la carretera N-II; del eje sureste, tramo M-40-M-50, y de la prolongación de la conexión de la carretera N-II con el distribuidor este, y actuaciones de mejora en la M-50, tramo M-409-N-IV, a la agrupación de empresas constituida por Cintra, Concesiones de Infraestructuras de Transporte, Sociedad Anónima, Europistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima, Empresa Nacional de Autopistas, Sociedad Anónima, Caja de Ahorros de Castilla-La Mancha y Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Cádiz, Almería, Málaga y Antequera (UNICAJA).

En cumplimiento del artículo 2 del citado Real Decreto 3540/2000, de 29 de diciembre, se constituyó la sociedad concesionaria «Autopista Madrid Sur, Concesionaria Española, S.A.», mediante escritura otorgada en Madrid el 27 de febrero de 2001.

El 28 de marzo de 2001 se formalizó con Autopista Madrid Sur, Concesionaria Española, S.A., la escritura del contrato de concesión administrativa.

Mediante auto dictado el 4 de octubre de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid se declaró en concurso a Autopista Madrid Sur, Concesionaria Española, S.A. (procedimiento concursal ordinario n.º 536/2012).

El 10 de mayo de 2017 se dictó, en el citado procedimiento judicial, auto de apertura de la fase de liquidación de Autopista Madrid Sur, Concesionaria Española, S.A.

El 16 de octubre de 2017, a petición de la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje, la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento emitió informe sobre este asunto, en el que se concluye que «Una vez firme la apertura de la fase de liquidación del concurso de una empresa contratista, la Administración está obligada a iniciar un procedimiento para constatar que existe esa causa de resolución y declarar resuelto el contrato».

Fundamentos Jurídicos

El contrato de concesión adjudicado a Autopista Madrid Sur, Concesionaria Española, S.A. se rige por la Ley 8/1972, de 10 de mayo, para la Construcción, Conservación y Explotación de Autopistas en Régimen de Concesión y, supletoriamente, por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, sustituida 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).

Además se aplican a la concesión su pliego de cláusulas administrativas particulares (Orden de 11 abril de 2000) y el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, aprobado por el Decreto 215/1973, de 25 de enero.

La cláusula 35 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la concesión establece que, en lo referente a la extinción de la concesión deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 32 y 34 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo; a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y a la sección 3 del capítulo IX del pliego de cláusulas generales.

En su momento tanto el artículo 32 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, como el artículo 112.b de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, señalaban como causas de extinción de la concesión la quiebra del concesionario. Específicamente, en el TRLCAP, el artículo 111 establecía como causa de resolución (y por tanto, la extinción del contrato según el artículo 109) la declaración de quiebra, de suspensión de pagos o de concurso de acreedores (la referencia a la «quiebra» debe entenderse hecha hoy en día al «concurso» regulado en la disposición adicional primera de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal).

Conforme a la normativa expuesta, la declaración de concurso habilita a la Administración para resolver potestativamente el contrato; si bien «la apertura de la fase de liquidación originará siempre la resolución del contrato». De acuerdo con lo informado por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento esto supone que «una vez firme la apertura de la fase de liquidación del concurso de una empresa contratista, la Administración está obligada a iniciar un procedimiento para constatar que existe esa causa de resolución y declarar resuelto el contrato».

Por tanto, en ejercicio de las prerrogativas atribuidas a la Administración por el artículo 59 del TRLCAP (en los mismos términos que el artículo 210 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) procede declarar resuelto el citado contrato.

Según lo dispuesto en cuanto a competencias en el apartado 2 del artículo 36 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, corresponde a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje tramitar el procedimiento para declarar resuelto el contrato.

Conforme al artículo 7 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, y a la doctrina del Consejo de Estado (dictamen n.º 326/2014, de 17/7/2014), la competencia para declarar resuelto el contrato corresponde al Consejo de Ministros.

Esta Resolución se dicta de acuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado, excepto en lo relativo garantía de construcción.

El criterio del Consejo de Estado es que no procede la incautación de la garantía de construcción por impago de los justiprecios e intereses de demora por parte de la sociedad concesionaria «al no existir un incumplimiento de las obligaciones esenciales de la concesionaria en relación con la fase de construcción»:

«Respecto de la fianza de construcción, también a juicio del Consejo de Estado, no procede decretar su incautación al no existir un incumplimiento de las obligaciones esenciales de la concesionaria en relación con la fase de construcción... Y entre estas, no se cuentan las relativas al pago de los justiprecios –que tiene un mecanismo legal específico de resarcimiento– y al ingreso del denominado 1 % cultural en el Tesoro Público...

Así las cosas, de acuerdo con lo prevenido en las cláusulas 24 y 25 del pliego de cláusulas generales, no procede su incautación por esta causa.

No obstante, con cargo a la mencionada fianza de construcción, la Administración puede retener el importe de la cantidad debida por la concesionaria en el mencionado concepto del 1 % cultural –cláusula 25.ª del pliego general– a fin de proceder a su ingreso en la forma establecida en las normas aplicables antes citadas y, en su caso, resarcirse de los eventuales daños vinculados a esa fase que haya sufrido.»

El Ministerio de Fomento considera que el impago de los justiprecios e intereses de demora por la concesionaria es un incumplimiento de las obligaciones asumidas por esta en la fase de construcción, por lo que la fianza de construcción debe responder de tal incumplimiento. Esta misma posición se ha sostenido ya por el Ministerio de Fomento en otros casos similares y está avalada por el Tribunal Supremo al haber confirmado en casación igual interpretación hecha por el TSJ de Madrid.

El Ministerio de Fomento se ha basado para ello en el artículo 26 de la Ley de Autopistas (en la versión vigente al tiempo de adjudicarse esta concesión):

«Artículo veintiséis.

El régimen jurídico de la concesión durante la fase de construcción de la autopista será el siguiente:

Primero: El concesionario asumirá los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo V de esta Ley [...]

Como dice literalmente el artículo 26 de la Ley de Autopistas, que el concesionario asuma «los derechos y obligaciones del beneficiario de la expropiación» (siendo una de esas obligaciones el pago del justiprecio) forma parte de «la fase de construcción». Por ello, está justificado que del incumplimiento de esas obligaciones responda la fianza de construcción.

Esa misma interpretación está avalada por la sentencia n.º 124/2015, de 10/3/2015, del TSJ de Madrid (JUR 2015\105774):

«El presente recurso se interpone por la entidad actora Autopista Madrid Sur Concesionaria Española, S.A., contra la Resolución dictada, en fecha 23 de octubre de 2013 por la Delegación de Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje [...] se acordó que constatado que no se había cumplido la obligación de pagar el justiprecio a todos los expropiados [...] se desestimaba la solicitud de cancelación parcial de la garantía de construcción al no haber cumplido todas las obligaciones para cuya seguridad se constituyó.

El objeto del presente recurso se centra en determinar si la entidad recurrente tenía derecho a la cancelación de la garantía de construcción y consiguiente abono de la cantidad que había venido abonando por el mantenimiento de la garantía desde que solicitó su cancelación.

Como quiera que, según hemos visto, forma parte de las obligaciones derivadas de dicho contrato y, concretamente del régimen jurídico de la concesionaria durante la construcción, el abono del justiprecio es acorde a Derecho el mantenimiento de la garantía pese a haber finalizado las obras, al no haber cumplido la concesionaria con la totalidad de sus obligaciones durante la fase de construcción.»

Dicha sentencia del TSJ de Madrid fue recurrida en casación por la sociedad concesionaria y, en sentencia n.º 120/2017, de 30 de enero de 2017 (recurso 2035/2015); el Tribunal Supremo confirmó la legalidad de incautar la fianza de construcción en caso de incumplimiento por la concesionaria de sus obligaciones de pago del justiprecio. El Tribunal Supremo razona lo siguiente en su sentencia:

«En el caso de autos procedió la Sala a interpretar el Pliego de cláusulas administrativas particulares engarzado con las disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de la concesión concluyendo en el incumplimiento de una obligación esencial, cuál era el pago del justiprecio a los expropiados por la actuación de la que había resultado beneficiada.

Si tal justiprecio incurrió en un importe superior al, en su día considerado, no constituye razón exonerativa para incumplir la obligación. Es notorio que no siempre las cantidades inicialmente consideradas en procedimientos expropiatorios son las que, finalmente, constituyen el justiprecio a satisfacer, ya sea por el expropiante, ya sea por el beneficiario.

Con arreglo a la jurisprudencia precedente, no resulta que la interpretación llevada a cabo por la Sala de instancia, del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, sea irrazonable y permita a esta Sala en sede casacional, anular o casar la sentencia recurrida.

En consecuencia, la argumentación de la Sala de instancia acerca de que no procedía la devolución de la fianza constituida no incurre en confiscación ni enriquecimiento injusto de la administración.»

Por otra parte, al mismo tiempo en que se tramitaba este expediente de resolución se ha realizado una auditoría sobre el estado en el que se encuentra la infraestructura y dicha auditoría concluye que el concesionario no ha cumplido todas las obligaciones de conservación que le incumben y que será necesario ejecutar a su costa, lo que constituye un argumento adicional para incautar la fianza de construcción.

En consecuencia, en relación a la concesión administrativa de la que es titular Autopista Madrid Sur, Concesionaria Española, S.A., una vez cumplida la tramitación establecida conforme a la legislación aplicable y oído el Consejo de Estado, según lo previsto en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril del Consejo de Estado, a propuesta del Ministro de Fomento, el Consejo de Ministros en su reunión del día 13 de julio de 2018, acuerda:

1) Resolver el contrato de concesión administrativa para la construcción, conservación y explotación de la autopista de peaje R-4, de Madrid a Ocaña, tramo M-50-Ocaña; la circunvalación a Madrid M-50, subtramo desde la carretera N-IV hasta la carretera N-II; del eje sureste, tramo M-40-M-50, y de la prolongación de la conexión de la carretera N-II con el distribuidor este, y actuaciones de mejora en la M-50, tramo M-409-N-IV, en base a los artículos 111.b y 112.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

2) Ordenar al Ministerio de Fomento que incaute las fianzas de construcción y explotación depositadas a tales efectos por Autopista Madrid Sur, Concesionaria Española, S.A., en base a lo establecido, respectivamente, en las cláusulas 25 y 79 del Decreto 215/1973, de 25 de enero, que aprobó el Pliego de Cláusulas Generales para la construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión.

3) Ordenar al Ministerio de Fomento que tramite del expediente de liquidación del contrato, con la debida cuantificación del valor de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

4) Autorizar al Ministerio de Fomento para que adopte las medidas provisionales que procedan para garantizar la correcta prestación del servicio. Tales medidas se adoptarán de forma coordinada con las que puedan derivarse del plan de liquidación que se apruebe en el proceso concursal.

5) Ordenar al Ministerio de Fomento que proceda a ingresar en el Tesoro Público, con cargo a la fianza de construcción incautada, la inversión correspondiente al 1 % cultural que no ha sido ejecutada, en cumplimiento del artículo 59 del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico Español.

Corresponderá a la Delegación del Gobierno en las Sociedades Concesionarias de Autopistas Nacionales de Peaje determinar la fecha de inicio de la explotación de las infraestructuras, por la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, en el marco de lo dispuesto en la cláusula tercera de la Resolución de 16 de agosto de 2017, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de gestión directa con la Sociedad Estatal de Infraestructuras del Transporte Terrestre, por el que se regula la gestión de la explotación y la preparación de la licitación de autopistas de titularidad estatal.

Contra el presente acuerdo, que pone fin a la vía administrativa, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a su notificación, sin perjuicio del recurso de reposición que, con carácter potestativo, pueda interponerse ante este Consejo de Ministros en el plazo de un mes, contado asimismo desde la recepción de la notificación.