

CONTRATOS DE CONCESIÓN

14/12. CONFORMIDAD A DERECHO DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2011 POR EL QUE SE AUTORIZA LA CREACIÓN DE SOCIEDADES RESPONSABLES DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE LOS AEROPUERTOS DE BARCELONA-EL PRAT Y DE MADRID-BARAJAS [INFORME 1/12 (R-231/2012)]

Conformidad a Derecho del acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 por el que se autoriza la creación de sociedades responsables de los contratos de concesión de los aeropuertos de Barcelona-El Prat y de Madrid-Barajas¹.

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado su consulta sobre si el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011, por el que se autoriza la creación de las sociedades responsables de los contratos de concesión de los aeropuertos Barcelona-El Prat y Madrid-Barajas, es ajustado a Derecho. En relación con dicha consulta, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

I. Como se indica en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, esta unidad emitió sendos informes 365/12, de 20 de febrero, y 374/12, de 21 de febrero, en los que se analizaba si podían ser ilegales determinados aspectos del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011, por el que se autoriza la creación de las sociedades responsables de los contratos de concesión de los aeropuertos Barcelona-El Prat y Madrid-Barajas. A esos dos informes se añade el que ahora se somete a consulta de este Centro Directivo y

¹ Dictamen de la Abogacía General del Estado de 14 de marzo de 2012 (ref.: A.G Fomento 1/12). Ponente: don Luciano Mas Villarroel.

14/12 que, de forma genérica, versa sobre si el mencionado Acuerdo del Consejo de Ministros «se ajusta al ordenamiento jurídico vigente».

Así las cosas, y a la vista del contenido de los informes de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Fomento, las cuestiones que han de examinarse son las relativas a: 1) La composición de los Consejos de Administración de las sociedades responsables de los contratos de concesión de los aeropuertos Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat («Consejo Rector del Aeropuerto de Madrid-Barajas, S.A.» y Consejo Rector del Aeropuerto de Barcelona-El Prat, S.A.); 2) La adecuación de la composición de los Consejos de Administración de dichas sociedades a las previsiones de los contratos de concesión; y 3) La adecuación del objeto social de ambas sociedades a la legislación vigente.

II. Comenzando por la composición de los Consejos de Administración de las mencionadas sociedades, en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado consultante se indica que en los estatutos sociales de las sociedades responsables de los contratos de concesión de los aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat se dispone que el Consejo de Administración de cada una de ellas estará integrado por nueve miembros designados de la siguiente forma:

«Mientras la sociedad tenga carácter unipersonal y sea X Aeropuertos, S.A. su accionista único, en la propuesta de nombramiento de consejeros a someter a la Junta General de Accionistas, X Aeropuertos, S.A. aplicará, en los términos que legalmente procedan, las siguientes reglas:

Dos vocales a iniciativa de la Comunidad Autónoma respectiva.

Un vocal nombrado a iniciativa del respectivo Ayuntamiento.

Un vocal a iniciativa del área metropolitana correspondiente.

Un vocal entre personas de reconocido prestigio, después de haber oído las propuestas efectuadas a estos efectos por los principales agentes económicos, sociales, empresariales e industriales de cada Comunidad Autónoma.

Cuatro vocales a propuesta de X Aeropuertos.

El Consejo elige de su seno un Presidente a propuesta del Ministro de Fomento, exigiéndose para ello el voto favorable de dos tercios de los componentes del Consejo. En defecto del Presidente, hará sus veces el Consejero de más edad.»

El artículo 180.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) atribuye al Ministro de tutela –en el caso a que se refiere el presente informe, el Ministro de Fomento– la propuesta al Ministro de Hacienda (cuando el accionista sea la Administración del Estado) o al organismo público representado en la Junta

General (cuando el accionista sea una entidad pública) del nombramiento de un número de administradores que represente, como máximo, dentro del número de consejeros que determinen los estatutos, la proporción que el Consejo de Ministros establezca cuando acuerde lo previsto en el artículo 169 d) de la propia LPAP.

Estableciendo, pues, el artículo 180.1 de la LPAP la regla de competencia del Ministro de tutela para proponer los nombramientos del número de administradores a que se refiere dicho precepto legal, es necesario examinar, en primer lugar, si el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 respeta esa regla competencial.

El pasaje antes transcrito de los estatutos sociales no tiene en este punto la necesaria claridad. Atendiendo a su formulación gramatical, parece que la propuesta de nombramiento corresponde a X Aeropuertos, S.A. Así viene a desprenderse de su redacción literal –«...en la propuesta de nombramiento de consejeros a someter a la Junta General, X Aeropuertos, S.A. aplicará (...) las siguientes reglas...»–, por lo que parece que es X Aeropuertos, S.A. quien hace la propuesta. Ahora bien, es lo cierto también que la aplicación por X Aeropuertos, S.A. de las mencionadas reglas es «en los términos que legalmente procedan», locución que permite razonablemente entender que se puede respetar la regla de competencia del artículo 180.1 de la LPAP: las «iniciativas» de la Comunidad Autónoma, Ayuntamiento respectivo, área metropolitana correspondiente y de los principales agentes económicos, sociales, industriales y empresariales son trasladadas, a través de A Aeropuertos, S.A. (que ha de velar para que se observen esas reglas en la designación de los consejeros) al Ministro de Fomento, a fin de que éste haga las correspondientes propuestas.

Pudiendo entenderse, a la vista de esta última consideración, que se respeta la regla de competencia que al Ministro de tutela atribuye el artículo 180.1 de la LPAP, la cuestión que inmediatamente se plantea, y que adquiere la mayor relevancia, consiste en determinar si la limitación de la capacidad de propuesta del Ministro de Fomento –que es en lo que, en definitiva, se traducen las reglas que se recogen en los estatutos sociales antes transcritas– resulta válida, ya que, en principio, si a un determinado órgano se le reconoce la facultad de propuesta de un nombramiento, parece lógico entender que esta facultad entraña un margen de apreciación discrecional del órgano competente para hacer esa propuesta, por lo que a priori no resultaría válida una limitación de ese margen de apreciación o estimación discrecional.

Pues bien, a juicio de este Centro Directivo, la limitación de ese margen de discrecionalidad resulta válida por la conjunción de dos consideraciones, una de carácter formal, y otra de carácter material, tal y como seguidamente se expone.

En primer lugar, y desde el punto de vista formal, no puede desconocerse, como se indica en el proyecto de informe de la Abogacía del Estado

14/12 en el Ministerio de Fomento, que la limitación de la discrecionalidad del titular de este Departamento ministerial se establece por decisión del órgano superior del mismo y de toda la Administración del Estado, cual es el Consejo de Ministros.

En segundo lugar, y desde el punto de vista material, siendo ésta la consideración básica que justifica la limitación de la discrecionalidad del Ministro de Fomento, ha de tenerse en cuenta la funcionalidad de las sociedades responsables de los contratos de concesión de los servicios aeroportuarios de los aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat. Como más adelante se expondrá, la figura del responsable del contrato (a que se refiere, con carácter general, el artículo 41 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –LCSP–, vigente cuando se adoptó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 y a que se reconducen las dos sociedades mencionadas) es un instrumento auxiliar y colaborador del órgano de contratación para asegurar la correcta ejecución del contrato por el contratista mediante la vigilancia y supervisión de dicha ejecución. Partiendo de esta premisa, resulta incontrovertible que la correcta ejecución de los contratos de concesión de los servicios aeroportuarios de dichos aeropuertos redundará en beneficio no sólo del interés general que corresponde tutelar a la Administración del Estado (cfr. artículo 149.1.20.^a de la Constitución), sino también de los intereses más limitados cuya tutela corresponde a la Comunidad Autónoma respectiva y al Ayuntamiento o Ayuntamientos a cuyos términos municipales se extiende la zona de influencia del aeropuerto y, lógicamente, y por la significación y trascendencia económica del mismo, de los intereses económicos y sociales de dicha zona; así las cosas, parece lógico y coherente que del Consejo de Administración de una sociedad que tiene por función velar por la correcta ejecución del contrato de concesión de servicios aeroportuarios de un determinado aeropuerto y, en definitiva, del correcto funcionamiento del mismo formen parte representantes de esas Administraciones Públicas y agentes económicos y sociales, pues de la correcta ejecución del contrato y, por ende, del correcto funcionamiento de aeropuerto se beneficiarán también los intereses que corresponde tutelar a dichas Administraciones Públicas y los intereses que protagonizan los agentes económicos y sociales.

La idea sobre la que descansa esta segunda consideración, que, se reitera, constituye el argumento fundamental para justificar la limitación de la apreciación discrecional del Ministro de Fomento en la propuesta que le compete realizar, queda confirmada, acudiendo al terreno del derecho positivo, por lo dispuesto en el artículo 11.7 del Real Decreto-ley 13/2010, de 3 de diciembre, de actuaciones en ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo, conforme al cual «a los efectos de favorecer el desarrollo del aeropuerto y su entorno como instrumento de apoyo al gestor aeroportuario, reglamentariamente se podrá establecer un órgano de impulso y seguimiento de la

actividad del aeropuerto en el que, junto al gestor aeroportuario, participarán la Administración General del Estado, la Comunidad Autónoma y, en su caso, los municipios del entorno»; se sanciona así la idea de participación de otras Administraciones Públicas (Comunidad Autónoma, Ayuntamientos de entorno del aeropuerto) con objeto de impulsar y seguir la actividad del aeropuerto, y ello en razón precisamente de la directa repercusión que una infraestructura de esta naturaleza y funcionalidad tiene para los intereses regionales, locales y socio-económicos del territorio en que se emplaza y cuyo fomento y desarrollo debe, obviamente, favorecerse.

Debe, pues, concluirse que, en el extremo examinado, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 es ajustado a Derecho

III. Como se ha indicado, la segunda cuestión que debe abordarse es la relativa a la adecuación de la composición del Consejo de Administración de las dos sociedades responsables de los contratos de concesión de los aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat a las previsiones de los cláusulas de los respectivos contratos de concesión de servicios aeroportuarios.

Esta segunda cuestión no suscita especial dificultad. Como se ha dicho, y según los estatutos sociales que figuran como anexo al Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011, el Consejo de Administración de cada una de aquellas sociedades está integrado por dos vocales nombrados a iniciativa de la Comunidad Autónoma respectiva, un vocal nombrado a iniciativa del respectivo Ayuntamiento, un vocal nombrado a iniciativa del área metropolitana correspondiente, un vocal nombrado entre personas de reconocido prestigio, después de haber oído las propuestas efectuadas a este efecto por los principales agentes económicos, sociales, empresariales e industriales de cada Comunidad Autónoma y cuatro vocales nombrados a propuesta de A Aeropuertos, S.A. Pues bien, esta composición del Consejo de Administración de cada sociedad responsable se ajusta a la previsión contenida en la cláusula 3.^a del contrato de concesión de servicios aeroportuarios de Madrid-Barajas y del contrato de concesión de servicios aeroportuarios de Barcelona-El Prat; así, en dicha cláusula, tras definirse la figura del «responsable del contrato» en los términos a que más adelante se hará referencia, se dice que «en su composición estarán presentes representantes de A Aeropuertos, la Comunidad Autónoma, los agentes económicos y sociales y, en su caso, los municipios del entorno del aeropuerto». Existe, pues, una precisa correspondencia o correlación entre la composición del Consejo de Administración de cada sociedad responsable que establece el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 y la cláusula 3.^a de los contratos de concesión de servicios aeroportuarios de los aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat.

IV. La última y fundamental cuestión que se plantea consiste en determinar si el objeto social de ambas sociedades es ajustado a la legislación vigente.

Para la adecuada resolución de esta cuestión, y puesto que se trata de sociedades responsables de contratos de concesión de los aeropuertos de continua cita, es necesario precisar el concepto de dichas sociedades por referencia al régimen concesional que permite establecer el Real Decreto-ley 13/1910, de 3 de diciembre, sobre actuaciones en el ámbito fiscal, laboral y liberalizadoras para fomentar la inversión y la creación de empleo.

El artículo 1 del Real Decreto-ley 13/2010 ordena al Consejo de Ministros la constitución de una sociedad mercantil estatal de las previstas en el artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas con la denominación de «A Aeropuertos, S.A.» que ha de asumir el conjunto de funciones que en la fecha de promulgación del propio Real Decreto-ley venía ejerciendo la entidad pública empresarial A en materia de gestión y explotación de servicios aeroportuarios. Es por ello por lo que el artículo 10 de dicho Real Decreto-ley encomienda a «A Aeropuertos, S.A.» la explotación de todos los aeropuertos y helipuertos integrados en la red atribuida a su gestión. Ahora bien, el propio artículo 10.1 deja a salvo la posibilidad de que «A Aeropuertos, S.A.» pueda llevar a cabo la explotación individualizada de cualesquiera aeropuertos y helipuertos mediante: «a) Un contrato de concesión de servicios aeroportuarios, en el que el concesionario asuma la gestión del aeropuerto a su propio riesgo y ventura; b) la creación de sociedades filiales, a las que se aplicará el mismo régimen jurídico para la sociedad “A Aeropuertos, S.A.”»

Con fundamento en la anterior previsión legal, «A Aeropuertos, S.A.» acordó llevar a cabo la gestión individualizada de los aeropuertos de Madrid-Barajas y de Barcelona-El Prat, siguiendo la fórmula de contratos de concesión de servicios aeroportuarios y constituyendo para ello sendas sociedades anónimas que, consiguientemente, ostentan la condición de entidades concesionarias.

Más allá de las concretas previsiones del artículo 11 del Real Decreto-ley 13/2010 sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de concesión de servicios aeroportuarios, posibilidad de aprobarse un pliego general que regule el contenido de estos contratos y sometimiento de las concesiones al régimen dispuesto en el pliego general, en su caso, y la los pliegos particulares que apruebe «A Aeropuertos, S.A.», nada más se prevé en la repetida disposición general sobre el régimen jurídico de dichos contratos de concesión, por lo que habrá de tenerse en cuenta el régimen dispuesto para el contrato de gestión de servicios públicos en la LCSP, vigente en la fecha en que el Consejo de Ministros adoptó el Acuerdo a que se refiere el presente informe (actualmente, Texto Refun-

Siendo el contexto en el que se sitúan las dos sociedades responsables de los contratos de concesión de los aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat cuya constitución autorizó el Acuerdo del Consejo Ministros de 11 de noviembre de 2011 el del contrato de gestión de servicios públicos, procede precisar el concepto de sociedad responsable y ello con el fin de determinar cuáles sean las funciones o cometidos de la figura del responsable del contrato.

En el preámbulo del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 (párrafo octavo) se dice que la figura del responsable del contrato trae su causa de la moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 8 de febrero de 2011, relativa al futuro modelo de gestión aeroportuaria, y en la que se acordó «que el Gobierno, para el caso de los aeropuertos cuya gestión, además, sea objeto de concesión, como son los casos de Madrid-Barajas y Barcelona-El Prat, preverá igualmente la participación determinante de la Comunidad Autónoma y en su caso, de las Administraciones locales en el Consejo de la sociedad filial responsable del seguimiento de la gestión de la concesión». A la vista de la moción del Congreso de los Diputados, la figura de la sociedad responsable enlaza, y a ella se debe exclusivamente, con la función de seguimiento (de la gestión de la concesión), por lo que debe entenderse, de acuerdo con la significación gramatical del término «seguimiento» («acción y efecto de seguir», según el Diccionario de la Real Academia Española) y del término «seguir» («observar atentamente el curso de un negocio...» –acepción 7.^a– del indicado Diccionario), que el cometido de la sociedad responsable se circunscribe a una función comprobación del modo en que el concesionario ejecuta la prestación objeto del contrato, lo que, obviamente, no puede tener otra finalidad que la de garantizar la correcta ejecución del mismo.

Si la moción del Congreso de los Diputados de 8 de febrero de 2011 sitúa la función de las sociedades responsables en la línea indicada, ello queda confirmado por la cláusula 6.^a de los contratos de concesión de los servicios aeroportuarios en la que, bajo la rúbrica de «responsable del contrato», se dice en su apartado 1 que «la Entidad Concedente podrá designar a un Responsable del Contrato al que corresponderá por delegación de la Entidad Concedente funciones de vigilancia, supervisión y propuesta con el fin de asegurar la correcta realización de las prestaciones objeto del Contrato de Concesión...».

Es claro, con arreglo a esta cláusula, que a la sociedad responsable le corresponde la función de inspeccionar la ejecución del contrato por el concesionario a fin de poder detectar, en su caso, las anomalías, irregularidades o deficiencias en la ejecución de las prestaciones a que aquél se obligó y, de comprobar tales deficiencias o irregularidades, proponer las medidas correctoras que procedan; en el mismo sentido, la cláusula

14/12 sula 3.^a, inciso inicial, de los referidos contratos de concesión de servicios aeroportuarios define al responsable del contrato como «persona jurídica vinculada a la Entidad Concedente a la que la Entidad Concedente podrá atribuir las funciones de supervisar la ejecución del Contrato de Concesión.»

En la misma línea se sitúa la previsión del apartado 5, párrafo primero, del artículo 102 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (apartado introducido por el Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones y se modifica el régimen jurídico del personal laboral A). Dicho precepto dispone que «antes de iniciar el procedimiento de consulta previsto en este artículo, la sociedad concesionaria deberá solicitar el parecer de la sociedad de vigilancia que ejerza las funciones de vigilancia y control de dicha concesión, en caso de que ésta exista, sobre las modificaciones tarifarias que pretenda aplicar, y su adecuación al contrato de concesión». Con el precepto transcrito se abunda, una vez más, en la idea de que la sociedad responsable tiene por cometido la inspección, vigilancia o supervisión de la ejecución del contrato por parte del concesionario. Así, el precepto legal califica a la sociedad como «sociedad de vigilancia» y, consecuente con esta calificación, le encomienda el ejercicio de funciones de vigilancia y control, sin que este último término desdibuje esa función de vigilancia, dado que, en el contexto en el que se sitúa la sociedad responsable, el término «control» no significa sino «comprobación, inspección, fiscalización, intervención» (Diccionario de la Real Academia Española, acepción 1.^a).

Para completar la figura de la sociedad responsable debe acudir, finalmente, al artículo 41 de la LCSP (actualmente, artículo 52 del TRLCSP) cuyo apartado 1 dispone que «los órganos de contratación podrán designar un responsable del contrato al que corresponderá supervisar su ejecución y adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyen. El responsable del contrato podrá ser una persona física o jurídica, vinculada al ente, organismo o entidad contratante o ajena a él».

Aunque el artículo 41 de LCSP alude a un ámbito de facultades que el órgano de contratación atribuya al responsable del contrato («dentro del ámbito de facultades que aquéllos le atribuyan»), lo que permite modular en cada caso las funciones del responsable del contrato, es lo cierto que tales funciones quedan circunscritas a la supervisión de la ejecución del contrato, esto es, a la obtención de la necesaria información y, sobre esta base, a la comprobación del modo en que el contratista ejecuta la prestación objeto del contrato, a lo que se añade un cierto poder o facultad de decisión («adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias»). Ahora bien, esta facultad o poder de decisión no puede desligarse, en lo

que se refiere a su ámbito o extensión, de esa función de supervisión, es decir, de la función de vigilancia e inspección, ni del fin a que se ordena tal función, cual es el asegurar la correcta ejecución del contrato. No cabe entender, por ello, que el responsable disponga de un poder de decisión que le permita adoptar acuerdos que excedan de lo que es necesario para conseguir la correcta ejecución, por parte del contratista, de la prestación a cuyo cumplimiento que se obligó y que afecten a aspectos básicos o fundamentales de la relación contractual. Así lo confirma, acudiendo a la interpretación de la norma legal (artículo 41 de la LCSP) por la norma reglamentaria (artículo 94 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), la circunstancia de que la figura del responsable se incardina en el contexto en el que se sitúa la previsión del artículo 94.1 del mencionado Reglamento y esta norma se refiere a la actuación del contratista bajo la inspección y control del órgano de contratación al que se reconoce la potestad de dictar instrucciones para el fiel cumplimiento de lo convenido.

En suma, y a modo de recapitulación de lo dicho, ha de concluirse que al responsable del contrato –instrumento auxiliar del órgano de contratación y, como tal, supeditado a éste– le corresponde desempeñar una función de inspección, supervisión o vigilancia de la ejecución, por parte del contratista, de las obligaciones a que se comprometió, esto es, de la ejecución de contrato, y ello con la finalidad de asegurar la correcta realización de lo pactado, pudiendo, a estos exclusivos efectos, dictar las instrucciones precisas, pero sin que pueda adoptar decisiones que versen sobre aspectos o extremos esenciales de la relación contractual, por ser ello de la privativa competencia del órgano de contratación (la adopción por el responsable de decisiones sobre aspectos fundamentales de la relación contractual supondría el vaciamiento de la competencia del órgano de contratación y, en definitiva, la sustitución de este último por aquél, lo que no resulta admisible).

Siendo ésta la situación o posición jurídica del responsable del contrato, procede determinar seguidamente si el objeto que en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 se atribuye a las sociedades «Consejo Rector del Aeropuerto Madrid-Barajas, S.A.» y «Consejo Rector del Aeropuerto Barcelona-El Prat, S.A.», que se configuran como sociedades responsables de los contratos de concesión de dichos aeropuertos, se ajusta la figura del responsable del contrato en los términos en que esta figura se caracteriza en las cláusulas 3ª. y 6.ª del los respectivos contratos de concesión de servicios aeroportuarios, del artículo 102.5 de la Ley 21/2003, de 7 de julio, y, principalmente, por tratarse del precepto básico, del artículo 41 de la LCSP (artículo 52 del TRLCSP).

El apartado primero II del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 (a propósito de la sociedad «Consejo Rector del Aeropuerto de Barcelona-El Prat, S.A.») y el apartado segundo II de dicho

14/12 Acuerdo (a propósito de la sociedad «Consejo Rector del Aeropuerto Madrid-Barajas, S.A.») establecen las siguientes funciones:

«1. Autorizar los préstamos participativos u otros medios de financiación a largo plazo de la Sociedad Concesionaria (emisión de obligaciones, etc.) que se consideren necesarios para su adecuada explotación.

2. Aprobar la liquidación del canon a abonar por la Sociedad Concesionaria

3. Supervisar la adecuada conservación de la infraestructura por la Sociedad Concesionaria

4. Supervisar la calidad de la actividad de la Sociedad Concesionaria como gestor aeroportuario

5. Colaborar con la Sociedad Concesionaria y, en su caso, con las Administraciones Públicas competentes, en la definición de la estrategia a desarrollar con relación al Aeropuerto (...), aeropuerto concesionado en todos sus aspectos, en particular, en el ámbito comercial, tomando en consideración su contexto territorial y competitivo.

6. Autorizar la concedente a acordar con el concesionario las modificaciones del Contrato de Concesión, así como las adaptaciones de su régimen económico-financiero

7. Autorizar las resoluciones que pueda dictar el concedente ante las reclamaciones de reequilibrio económico del Contrato de Concesión que puedan ser necesarias.

8. Supervisar el desarrollo y cumplimiento por la Sociedad Concesionaria de sus obligaciones de conformidad con las previsiones del Contrato de Concesión.

9. Recibir, tramitar y resolver, cuando proceda, los escritos que dirija la Sociedad Concesionaria a Aena Aeropuertos, S.A e informar de las incidencias que surjan en el desarrollo del Contrato de Concesión.

10. Supervisar el control económico-financiero de la concesión

11. Autorizar las decisiones de secuestro y la reversión de la Concesión o la resolución de la Concesión por cualquier causa que pueda adoptar el concedente.

12. Autorizar, previa audiencia del concesionario, la imposición por el concedente de las penalidades y multas coercitivas según lo establecido en el Contrato de Concesión.

13. Recabar los datos e información que considere necesarios de la Sociedad Concesionaria, comprobar sus libros de cuentas y acordar la inspección de instalaciones y servicios.

14. Traslado a la Administración competente de las propuestas de servidumbres aeronáuticas y acústicas que sea necesario realizar en el marco de los planes de explotación del Aeropuerto previstos en el Contrato de Concesión.

15. Participar en la propuesta de definición de las líneas estratégicas del Aeropuerto, en particular en cuanto a la formulación de su Plan Director, en los términos que puedan resultar del Contrato de Concesión.

16. Emitir el parecer sobre las modificaciones tarifarias que la sociedad concesionaria pretenda aplicar y su adecuación al contenido del contrato de concesión, de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente».

A la vista de las funciones que se han transcrito y contrastándolas con las previsiones contenidas en los preceptos legales y cláusulas contractuales de que se ha hecho mención y que delimitan la figura del responsable del contrato, sea éste persona física o jurídica, hay que concluir que el objeto social de las aludidas sociedades –configuradas específicamente como sociedades responsables de los contratos de concesión de los dos aeropuertos– no se ajusta en su totalidad a Derecho.

En efecto, junto a funciones que son indudablemente propias y características de la figura del responsable del contrato, como es el caso de las funciones de supervisión de la adecuada conservación de la infraestructura aeroportuaria por la sociedad concesionaria (n.º 3), de supervisión de la calidad de la actividad de dicha entidad como gestor aeroportuario (n.º 2), de supervisión del desarrollo y cumplimiento por la sociedad concesionaria de sus obligaciones según el contrato de concesión (n.º 8), de obtención de información de la sociedad concesionaria –como medio instrumental para poder cumplir sus cometidos como responsable del contrato– e inspección de las instalaciones y servicios (n.º 13), de informar las incidencias que surjan en la ejecución del contrato de concesión (n.º 9), y otras que puedan considerarse también comprendidas en el contenido propio de la figura del responsable del contrato, como son el traslado a la Administración competente de propuestas de servidumbre aeronáuticas y acústicas (n.º 14) o la emisión del parecer sobre modificaciones tarifarias (n.º 16), se atribuyen a ambas sociedades funciones que exceden de los cometidos propios de la figura del responsable del contrato, por entrañar claramente competencias decisorias o resolutorias que rebasan lo que es la función de vigilancia y supervisión de la ejecución del contrato para afectar directamente a aspectos o extremos fundamentales de la relación contractual y que dan ciertamente lugar a un vaciamiento de las potestades y funciones de la entidad concedente («órgano de contratación»). Tal es el caso de las funciones consistentes en autorizar prestamos participativos u otros medios de financiación a largo plazo (n.º 1), aprobar la liquidación del canon a satisfacer por la sociedad concesionaria (n.º 2), autorizar a la entidad concedente para acordar con el concesionario modificaciones del contrato de concesión (n.º 6), autorizar las resoluciones que pueda dictar la entidad concedente en materia de reclamaciones de reequilibrio económico del contrato de concesión (n.º 7), autorizar las decisiones de secuestro y reversión de la concesión, así como de resolución de la misma que pueda adoptar la entidad concedente (n.º 11) y la

14/12 de autorizar la imposición por la entidad concedente de penalidades y multas coercitivas (n.º 12).

La atribución a las referidas sociedades de todas estas últimas funciones, con exceder de los cometidos de estricta inspección, vigilancia y supervisión de la ejecución del contrato por el concesionario (incluida en este cometido la potestad de dictar instrucciones necesarias para asegurar su correcta ejecución), llega en realidad a invertir los términos en que naturalmente se plantea la relación entre el concedente («órgano de contratación») y el responsable del contrato: si el responsable del contrato es, en rigor, un auxiliar del órgano de contratación, supeditado al mismo, con el que colabora en la tarea de seguimiento ordinario de la marcha del contrato, facilitando así la labor del órgano de contratación, lo que no es jurídicamente admisible es que el responsable del contrato se superponga al órgano de contratación en términos tales que sea el responsable del contrato el que, pasando de una posición de subordinación a otra de supraordenación respecto del órgano de contratación (entidad concedente), tenga potestad decisoria sobre aspectos o extremos jurídicamente esenciales del vínculo contractual como acontece con las funciones antes indicadas y recogidas en los nos 1.º, 2.º, 6.º, 7.º, 11.º y 12.º del apartado primero II y del apartado segundo II del Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011, llegando a autorizar a la entidad concedente («órgano de contratación») la adopción de determinadas decisiones fundamentales de la relación contractual. Para confirmar cuanto se viene diciendo, baste con invocar, como botón de muestra o punto de referencia, que en un extremo directa e inmediatamente vinculado a la función de supervisión y vigilancia de la correcta ejecución del contrato como es el relativo a la imposición de penalidades al contratista, el artículo 196.8 de la LCSP (artículo 212.8 del TRLCSP) limita la función del responsable del contrato (si se hubiese designado) a la propuesta al órgano de contratación de la imposición de penalidades al contratista, sin que, por tanto, pueda corresponder al responsable del contrato la imposición de tales penalidades; pues bien, si en materia de imposición de penalidades al contratista la función del responsable del contrato se circunscribe a la propuesta, difícilmente puede ser de la competencia del responsable del contrato, la autorización o, lo que es igual, el poder decisorio sobre extremos tan relevantes del contrato como son los indicados en los mencionados números de los apartados primero II y segundo II del Acuerdo de Consejo de Ministros de continua referencia. Debe, en consecuencia concluirse que no es ajustada a Derecho la determinación que del objeto social de las sociedades responsables de los contratos de concesión de los Aeropuertos de Madrid-Barajas y Barcelona- El Prat hace el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula las siguientes

Primera. Por las consideraciones expuestas en los apartados II y III del presente informe, en el extremo relativo a la composición de los Consejos de Administración de las sociedades «Consejo Rector del Aeropuerto de Madrid-Barajas, S.A.» y «Consejo Rector del Aeropuerto de Barcelona-El Prat, S.A.», el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011, por el que se autoriza la creación de las sociedades responsables de los contratos de concesión de los aeropuertos Barcelona-El Prat y Madrid-Barajas, es ajustado a Derecho.

Segunda. La determinación del objeto social de las referidas sociedades, configuradas como sociedades responsables de los contratos de concesión de los mencionados aeropuertos, no es ajustada a Derecho al comprender funciones que exceden de los cometidos propios de la figura del responsable del contrato, cuales son las consignadas en los números 1.º, 2.º, 6.º, 7.º, 11.º y 12.º del apartado primero II y apartado segundo II del aludido Acuerdo.