

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2015/0024706

Recurso nº 921/2015

Ponente: Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Recurrente: Cercanías Móstoles-Navalcarnero, S.A.

Representante: Procurador Dña. María Elena Martín García

Parte demandada: Comunidad de Madrid

Representante: Letrado de la Comunidad Autónoma

Parte codemandada: Ayuntamiento de Móstoles

Representante: Procurador Dña. María José Bueno Ramírez

SENTENCIA NÚM. 159

ILTMO. SR. PRESIDENTE:

D. Gustavo Lescure Ceñal

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

Dña. Pilar Maldonado Muñoz

Dña. Margarita Pazos Pita

En Madrid, a 08 de Marzo de 2018.

Visto el recurso contencioso-administrativo núm. 921/15 formulado por la representación procesal de la mercantil Cercanías Móstoles- Navalcarnero, S.A., contra la Orden del Consejero de Transportes, Viviendas e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid de 18 de enero de 2016, que, de acuerdo con el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, desestimó la solicitud de resolución del contrato de “concesión de redacción de proyecto, construcción y explotación de la obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles central y Navalcarnero”; habiendo sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada por su Letrado y parte codemandada el Ayuntamiento de Móstoles, representado por la Procuradora Dña. María José Bueno Ramírez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida parte actora promovió el presente recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones reseñadas, y seguido el cauce procesal previsto

legalmente, cada parte interviniente despachó, en el momento oportuno y por su orden legal conferido, el trámite correspondiente de demanda y de contestación, en cuyos escritos, y conforme a los hechos y razonamientos jurídicos consignados, suplicaron respectivamente la anulación de los actos objeto de impugnación y la desestimación de ésta, en los términos que figuran en aquéllos.

SEGUNDO.- Seguido el proceso por los cauces legales, y efectuadas las actuaciones y los trámites que constan en los autos, quedaron éstos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que tuvo lugar el día 07 de Marzo de 2.018.

Siendo Ponente la Iltna. Magistrada Dña. Pilar Maldonado Muñoz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de la mercantil Cercanías Móstoles-Navalcarnero, S.A. interpone el presente recurso contencioso administrativo contra la Orden del Consejero de Transportes, Viviendas e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid de 18 de enero de 2016, que, de acuerdo con el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, desestimó la solicitud de resolución del contrato de “concesión de redacción de proyecto, construcción y explotación de la obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles central y Navalcarnero” formulada por la concesionaria por no concurrir ninguna de las causas de resolución imputables a la Administración invocadas, y, por tanto, desestima todas las pretensiones de la solicitud.

SEGUNDO.- Pretende la recurrente se anule la Orden impugnada y se declare su derecho a la resolución del contrato por causas imputables a la Administración contratante (MINTRA/ Comunidad de Madrid), condenando a la Administración demandada al abono de las siguientes cantidades: a) 311.278.415 euros, por daño emergente. b) 51.235.218 euros, por lucro cesante; mas los intereses legales de las cantidades reclamadas a contar desde el día 13/11/2015 en que quedó definitivamente fijado el importe reclamado en vía

administrativa o, subsidiariamente, transcurrido 6 meses desde dicha reclamación. Subsidiariamente se condene a la Administración al abono de 27.769.278,57 euros, con sus intereses legales desde el día 13/11/2015 por obras realizadas fuera de proyecto.

Alega la recurrente, tras una amplia descripción de los hechos a lo largo de 35 páginas en 13 antecedentes, las siguientes causas de resolución del contrato imputables a la Administración:

a) Incumplimiento de aportar a la concesionaria la suma comprometida de 50.000.000 de euros. Afirmo que la obligación de aportar dicho capital para financiar la obra no estaba sujeta a condición alguna. Lo estuvo inicialmente en el convenio de financiación en el que el Ayuntamiento de Móstoles asumía esa obligación solo en el caso de que durante su vigencia se adjudicara la concesión de la obra en los términos convenidos. Cumplida la condición del convenio (aprobado el proyecto definitivo de la obra y adjudicada la concesión), el contrato no sujetó la obligación de aportar la financiación a condición alguna, salvo someter la obligación a un plazo suspensivo hasta el 4 año de la firma del Convenio (cláusula 1.3 del PCAP y estipulación 7.2 del contrato). Como el Convenio se firmó el 15/3/2006 la suma de los 50 millones de euros debían haberse recibido antes del 15/3/2010. La Administración dejó vencer ese plazo, no aportando la financiación y trastocando toda la obra y la concesión. Añade que el contrato se adjudicó entre Mintra/CAM y la concesionaria, sin que exista vínculo obligacional entre el Ayuntamiento de Móstoles y la concesionaria, por lo que es la Administración, que adjudicó el contrato, la que tiene que responder del cumplimiento de la obligación asumida por la entidad local de financiar la obra, que aparece recogida en los Pliegos y en el contrato firmado. La promesa de una prestación ajena en un contrato hecha por uno de los contratantes en beneficio de otro supone asumir frente a este último (acreedor de la prestación) el riesgo de que el tercero no cumpla con su obligación y en dicho sentido se ha pronunciado el TS (SS 22/5/1990, 28/5/1989, 12/2/1988, 14/12/1987). Por tanto, la Administración contratante asume el riesgo de que la otra Administración incumpla su obligación, quedando obligada a la prestación en caso de incumplimiento, sin perjuicio de reclamarle lo abonado. En dicho sentido se ha pronunciado también el informe de la Subdirección General de Obras (folios 558-565 del expediente).

En el contrato, conforme al convenio previo, se asume una obligación de financiación, lo que implica contribuir económicamente a la ejecución de la obra y no retribuir una obra ejecutada. La financiación, además, era premisa del convenio y de la obra,

no al revés, como pretende la Orden impugnada de que el soterramiento era la premisa de la aportación financiera. La obligación de financiación se sujetó a plazo suspensivo (cuarto año de la firma del convenio, esto es del 15/3/2006 al 15/3/2010). La concesionaria solicitó, pasado el cuarto año de la firma del convenio y estando este vigente, la aportación de los 50 millones de euros comprometidos, haciendo caso omiso la Administración, no aportando la cantidad ni comprometiendo su pago, lo que permitía a la concesionaria solicitar la resolución de la concesión.

El artículo 264.f) del TRLCAP dispone como causa de resolución del contrato de concesión de obra pública “ la demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación...a que se obligó según contrato”. En el presente caso, el Estudio de Viabilidad entendió que bastaba que el concesionario aportara recursos propios hasta el 20% (incluyendo los 50 millones comprometidos por el Ayuntamiento de Móstoles y la Comunidad de Madrid, que se calificaron como recursos propios de la concesionaria), debiendo obtenerse el 80% mediante financiación ajena. La concesionaria ha superado el mínimo exigido por el Pliego (72.655.544,40 euros) hasta llegar a casi el triple de lo impuesto (221,36 millones), mientras que Mintra/CAM incumplieron la obligación de lograr transferir a la concesionaria los 50 millones de euros comprometidos. No cabe aducir , como hace la demandada, que su importe no sea significativo en relación con el monto económico total de la operación, puesto que, como pone de relieve el dictamen pericial de PKF ATTEST (Documento nº 8), la falta de aportación de los 50 millones que la Administración había asegurado contractualmente compromete de tal modo la ejecución de la obra que un inversor prudente adoptaría la resolución de no aportar financiación externa en un proyecto que no cuenta con el apoyo de la propia Administración contratante. En consecuencia la falta de aportación de los 50 millones comprometidos determinó la imposibilidad de continuar la obra y fue también causa de la imposibilidad de obtener financiación unido a la firma del Protocolo con el Ministerio de Fomento y el Plan de Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías de Madrid.

Por tanto, una vez que la concesionaria instó en julio de 2010 la entrega de la financiación comprometida, la Administración disponía de 6 meses para cumplir dicho compromiso, transcurrido el cual, el incumplimiento de esa contraprestación es determinante de la resolución del contrato por aplicación conjunta de los artículos 111.g) y 264.f) del TRLCAP.

Conforme a lo prevenido en los artículos 265 y 266 del TRLCAP, artículos 109 a 113 del RGCAP y del PCAP, la Administración debe abonar a la concesionaria la totalidad de las inversiones realizadas en ejecución del contrato, incluidas las efectuadas por razón de la expropiación de los terrenos y las relativas a las obras de construcción e instalaciones, obras de reparación no previstas inicialmente y las relativas a la adquisición y reposición del material móvil, todo ello en función de su grado de amortización, según el Plan Económico Financiero de la Concesión. Además deberá indemnizarle de los daños y perjuicios, según beneficios futuros que el concesionario deje de percibir atendiendo a los resultados de explotación del último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquella, según su grado de amortización. Habiendo solicitado con fecha 13/11/2015, 318.278.415 euros por daño emergente y 51.235.218 euros por lucro cesante, actualizados a 31/10/2015 e intereses legales y demora por retraso en su pago, con devolución de la garantía prestada.

b) Desistimiento tácito de la Comunidad Autónoma de Madrid a la ejecución del contrato, argumentando que la Administración al hilo de las elecciones municipales y autonómicas exigió, con fecha 30 de julio de 2014, la ejecución de las obras de “reposición” en Móstoles, que consistían en ejecutar la urbanización que el proyecto preveía al momento de finalización de la obra. Carece de sentido exigir dichas actuaciones de reposición cuando la obra aún no se encuentra finalizada. El informe Clothos de 14/5/2015 acredita la incompatibilidad de las obras de reposición, finalmente ejecutadas, con la continuidad de la ejecución de las obras del contrato concesional. Únicamente podría revertirse esa situación mediante la demolición de la urbanización y la realización de una costosa inversión, señalando , además, que el soterramiento de la obra durante un plazo prolongado de tiempo impide conocer su evolución y envejecimiento, lo que obligará en el futuro a realizar estudios detallados de reconocimiento y evaluación de las estructuras para conocer su estado real, sin que se pueda confirmar a día de hoy su futuro aprovechamiento para el objetivo para el que fueron construidas.

Por tanto, la Administración ha ordenado la ejecución de actuaciones manifiestamente incompatibles con la ejecución de la obra conforme al proyecto, lo que debe interpretarse como un desistimiento tácito de la obra proyectada (STS, Sala 3ª, sección 7ª de 24/1/2012 y de este mismo Tribunal de 3/11/2010 (recurso 276/2007)), conforme a lo dispuesto en el artículo 264 i) TRLCAP.

c) Modificaciones al proyecto que incrementaron más del 20% el coste inicial de las obras y supusieron una modificación sustancial del contrato.

El artículo 240.2 del TRLCAP permite al concesionario solicitar la resolución del contrato en dichos supuestos. Consta en el expediente el informe Clothos de 30/10/2010 denominado “Informe pericial de análisis del proyecto complementario” (folios 1350 a 2.481), en el se analiza, por un lado, el proyecto de ingeniería civil, redactado por la empresa AEPO SA Ingenieros Consultores, en el que se incluyen actuaciones adicionales con un presupuesto de ejecución material (PEM) de 69.371.148,35 euros, y por otro, el proyecto de instalaciones, redactado por Sener, con un PEM de 19.567.428,08 euros. La suma de ambos proyectos es de 88.938.576,43 euros, lo que supone un incremento del 30,65% respecto del proyecto de construcción aprobado por Mintra. No obstante, la pericial compara las actuaciones previstas en los proyectos con las verdaderas necesidades de obra impuestas por la Administración para concluir que el presupuesto de las actuaciones del proyecto complementario de obra civil que se encuentran justificadas ascienden a 39.626.561,90 euros y el presupuesto del proyecto complementario de instalaciones a 18.657.028,60 euros, lo que supone un total de 58.283.590,50 euros, lo que representa un 20,08 sobre el presupuesto constructivo aprobado. Con lo que también se supera el porcentaje del 20%, a lo que hay que añadir las obras adicionales del proyecto de integración de agosto de 2014 (2.423.349,21 euros, que implican un incremento del 0,84% del presupuesto del proyecto constructivo aprobado en 2008); por lo que el incremento total del presupuesto del proyecto aprobado el 28 de agosto de 2008 es del 20,92%; por lo que también concurre esta causa resolutoria del contrato.

Concluye diciendo que la resolución del contrato, cualquiera que sea su causa, lleva consigo la condena a la indemnización establecida en el artículo 266 del TRLCAP, para lo cual aporta dos peritajes realizados por Pricewaterhousecoopers Forensic de 20 de mayo y 13 de noviembre de 2015, y en concreto, el último de ellos, que recoge las cantidades que se piden.

Si no se admitiera la reclamación cuantitativa solicitada, como mínimo debería reconocerle el importe de las actuaciones complementarias realizadas fuera de proyecto (18.248.770 euros), mas las obras ejecutadas como “actuaciones de reposición” (4.701.047 euros). Dicho importe ha de incrementarse con el 6% del lucro cesante y el 13% de gastos generales.

TERCERO.- El letrado de la Comunidad de Madrid en la representación que ostenta se opone a las pretensiones actoras, examinando cada una de las concretas causas de resolución alegadas por la concesionaria.

a) En cuanto a la causa de resolución consistente en el incumplimiento de aportar a la concesionaria la suma comprometida de 50.000.000 de euros(artículo 111.g) en relación con el artículo 264.f) del TRLCAP) señala que dicho motivo no puede prosperar, dado que

1) La aportación estaba supeditada a la realización de la obra, consistente en el soterramiento de la vía desde el cruce con la carretera A-5 y la prolongación hasta la estación Móstoles- Central, como se deduce del convenio de colaboración suscrito entre la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Móstoles de 15 de marzo de 2006, que forma parte del contrato, según establece la cláusula 12 del PCAP y el expositivo segundo del contrato , la cláusula 39.a) del PCAP y estipulación 7.2 del contrato . Añade que si bien el plazo para efectuar el abono de los 50.000.000 de euros expiraba el 15 de marzo de 2010, antes de que venciera dicho plazo el concesionario había procedido a paralizar las obras (acta de 10 de enero de 2010 y acta de reunión de 3 de diciembre de 2012).

2) Riesgo y Ventura. La falta de pago de los 50.000.000 de euros por la Administración no habilita a la concesionaria a incumplir las obligaciones que le incumbían según el contrato, en tanto éste no se encuentre resuelto o suspendido. Como dice la cláusula 43 del PCAP y la estipulación 7.5 del contrato, la totalidad del contrato de concesión, en sus aspectos de proyecto, construcción, explotación, conservación y financiación se desarrolla a riesgo y ventura del concesionario. Conforme al estudio de viabilidad económica financiera, el riesgo de la construcción se transmite al concesionario privado que será el responsable de la construcción de la infraestructura y asumirá los riesgos inherentes a ella.

Por otro lado, el artículo 236.2 del TRLCAP dispone que el importe de la financiación puede abonarse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 del TRLCAP, una vez que aquellas hayan concluido en la forma en que se especifica en el artículo 245 de dicha ley. En el presente caso, se trata de una financiación que se abonaría una vez que las obras hubieran concluido, lo que viene corroborado por el hecho de que en el plan económico financiero de la concesión, la cantidad de 50.000.000 de euros se hace constar como ingreso en el año 2010, último año de ejecución previsto para el total de la obra de

construcción. Asimismo, dentro de las hipótesis de financiación del estudio de viabilidad económica financiera se preveía que durante la fase de construcción, el concesionario solicitase un crédito puente de 50.000.000 de euros, que serían devueltos en el momento de producirse la aportación por el Ayuntamiento de Móstoles, lo que carecería de sentido si el otorgamiento de los 50.000.000 de euros no estaba supeditado a ninguna condición y el soterramiento no era premisa de la aportación financiera.

Todo el argumento sostenido de contrario no es sino una excusa para disfrazar la situación de crisis económica global que determinó la imposibilidad de obtener financiación, y que dio lugar al incumplimiento de sus obligaciones por parte de la concesionaria. Como se deduce del escrito de la concesionaria de 6 de mayo de 2010, la causa de la falta de financiación la sitúa en la crisis económica, financiera e inmobiliaria, en la paralización de los desarrollos inmobiliarios y en la ausencia de recursos ofertados por el sistema financiero para este tipo de proyectos; circunstancias ajenas a la Comunidad de Madrid y que deberán ser soportadas por el concesionario en virtud del principio de riesgo y ventura que le incumbe según contrato. Asimismo menciona la carta que el Banco de Santander remitió a la concesionaria el 15 de junio de 2010, ratificada por otra de 15 de noviembre de 2015, en la que pone de relieve que , aún cuando mostró interés en la financiación del proyecto, aportando una carta de compromiso incluida con la oferta, la grave crisis inmobiliaria que ha sufrido el país y la crisis financiera general, ocurridos de forma simultánea en el tiempo han impedido firmar un contrato de crédito para el proyecto en la forma originalmente prevista. En términos similares se pronuncia la entidad ING.

Al margen de lo anterior afirma que como se dice en la resolución de 27 de diciembre de 2010 “los problemas de financiación de la sociedad derivan, fundamentalmente, de los propios términos de la oferta, en la que CMN asumió, como mejora, el 100% del riesgo de demanda y decidió ofertar una tarifa baja consecuencia de una estimación de la demanda notablemente superior a la utilizada por Mintra como base para la licitación”. En sentido similar se pronuncia el informe del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid al decir *“puede afirmarse sin duda que las características de la oferta del concesionario han sido la causa principal por la que no ha podido obtener la financiación necesaria para completar sus fondos propios y acometer el proyecto... En los pliegos se contemplaba la posibilidad de obtener una banda mínima de ingresos garantizados a los que renunció, obteniendo por tal causa una puntuación más elevada en los criterios de adjudicación; posibilidad que si fue utilizada por los otros licitadores del contrato”*.

En cuanto a la incidencia del Plan de Infraestructuras de Cercanías para Madrid 2009-2015, dice que solo es un marco genérico de colaboración entre ambas Administraciones que no llegó a materializarse en ningún tipo de convenio específico, por lo que carece de trascendencia en la falta de otorgamiento de financiación, dado que el PCAP preveía, dentro del principio de riesgo y ventura, que no generaría ninguna responsabilidad para Mintra ni para el Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid *“el aumento, supresión, reducción o modificación de las líneas de transporte colectivo que sirven actualmente en la zona, o las que se prevean en un futuro para prestar servicio por parte de otras Administraciones Públicas competentes”*.

El artículo 43 del PCAP traslada al concesionario los riesgos derivados de la financiación, sin que se deriven, en ningún caso, responsabilidades para la Comunidad de Madrid ni respecto a la evolución de las condiciones financieras del mercado a lo largo del plazo concesional, ni respecto de la evolución de los residentes en el entorno de las estaciones, ni respecto del aumento, supresión, reducción o modificación de las líneas de transporte colectivo que sirven a la zona o que se prevean en el futuro.

3) No resolución al amparo de los artículos 264.f) y 111.g) del TRLCAP. Entiende que la aportación de los 50.000.000 euros no puede calificarse como obligación esencial para articular la resolución de la concesión y ello por los siguientes motivos.

En primer término, el artículo 264.f) se refiere a la demora por tiempo superior a 6 meses por parte del órgano de contratación...y en el presente caso, no es el órgano de contratación el que se obligó según contrato a aportar los 50.000.000 de euros, sino el Ayuntamiento de Móstoles, siendo suficientemente explícito el convenio en cuanto a que la financiación del incremento de coste derivado del trazado con soterramiento no suponía gravamen o perjuicio económico para la Comunidad de Madrid, afirmando que las sentencias que se citan en la demanda por la actora se refieren a supuestos distintos del que nos ocupa. Por otra parte la literalidad del artículo 264.f) habla de “contraprestación”, resultando que la contraprestación en este contrato no consistía en la aportación de los 50.000.000 de euros. La contraprestación del contrato está regulada en el artículo 8 del PCAP y está constituida, fundamentalmente, por las tarifas de los usuarios durante los 20 años de duración de la concesión, mientras que los 50.000.000 de euros se configuran como uno de los recursos propios de la concesionaria (cláusula 25.2 del PCAP), regulándose el derecho del concesionario a recibir dicha cantidad por la realización de las obras

contempladas en el convenio suscrito entre la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Móstoles, anexo al PCAP.

Por otro lado, la obligación de aportar los 50.000.000 de euros, no puede ser considerada como obligación esencial ya que representa un escaso porcentaje (12,60%) respecto del presupuesto de inversión ofertado (396.632.515 euros).

b) Sobre la causa de resolución alegada por la actora consistente en el desistimiento tácito de la CAM a la ejecución del contrato (artículo 264.i) del TRLCAP) aduce que tampoco dicho motivo puede prosperar por las siguientes razones:

Por desviación procesal, ya que en vía administrativa se articuló al amparo del artículo 264.h) de dicha ley y así fue analizado por la Administración, introduciendo una cuestión nueva que no se hizo valer ante la Administración.

No obstante en cuanto al fondo difícilmente puede hablarse de desistimiento, ni expreso ni tácito, cuando la Comunidad de Madrid ha estado realizando actuaciones encaminadas a la continuación del contrato, como se deduce de los numerosos requerimientos obrantes en el expediente. Ante los incumplimientos de la concesionaria y las sucesivas peticiones para eludir sus obligaciones contractuales, la Comunidad de Madrid ha actuado adoptando decisiones en aras de lo que era mejor para el interés público, incluida las obras de restitución tras la solicitud del Ayuntamiento de Móstoles a consecuencia de la paralización de las obras y del grave perjuicio que ello suponía.

Además, el artículo 264.i) del TRLCAP, precepto en que se basa la actora para solicitar la resolución del contrato, señala que es “la imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato”, sin que dicho precepto contemple como causa de resolución la imposibilidad de efectuar la construcción de la obra.

Afirma que el requerimiento de la Comunidad de Madrid se formuló en ejercicio de la prerrogativa de vigilancia y control en el cumplimiento de las obligaciones del concesionario (cláusula 38 del PCAP), ya que la paralización de facto de la obra durante 4 años convirtió la situación existente en Móstoles gravemente dañosa para el interés público. Por otra parte, el requerimiento efectuado por la Administración exigía que las obras de reposición debían realizarse de forma que fuera compatible con la ejecución del resto de las obras. En ese sentido declara el Sr. Plaza Rivero, Subdirector General de Concesiones y Proyectos en la Dirección General de Infraestructuras, y en el proyecto de septiembre de

2014 se observa que el supuesto enterramiento de la obra invocado de contrario no es tal, al preverse en todo caso, la posibilidad de reinicio de las obras mediante la realización de una serie de actuaciones. Por tanto, la obra no se ha sepultado de forma permanente y, por otro lado, las actuaciones a desarrollar siempre han sido diseñadas por la concesionaria (La Administración no le impuso como debían ser las obras de reposición) que no debía perder de vista la exigencia de compatibilidad de la reposición con la correcta ejecución del contrato.

Concluye que la dirección de la obra correspondía al concesionario, siendo, además, de su responsabilidad, la ejecución de la misma (cláusula 32.1.1 del PCAP) y el artículo 40.2, apartado 4.c) del mencionado documento contractual establece que solo la concesionaria es responsable de la ejecución y conservación de las obras, sin que la exima de responsabilidad la circunstancia de que Mintra haya examinado y reconocido aquellas. En los mismos términos se pronuncia el apartado 7.3.2.4.c) del contrato.

c) El recurrente sostiene en su demanda como última causa de resolución del contrato la existencia de modificaciones en el proyecto (el de AEPO SA de obra civil y el de Sener de instalaciones, mas las obras de reposición) que incrementaron más del 20% el coste inicial de las obras (art. 240.2 del TRLCAP). Tampoco dicho motivo puede prosperar, por las razones siguientes:

1) Ninguna de las actuaciones ha sido aprobada por la Administración y, por lo tanto, no han sido impuestas por la misma. Desde un punto de vista legal para que un modificado surta sus efectos es necesario tramitar un expediente que finaliza por una resolución de aprobación emitida por el órgano competente, formalizándose el contrato administrativo y reajustándose las garantías definitivas (artículo 101 del TRLCAP, 102 del RD 1098/2001 y cláusula 55 del PCAP).

En consecuencia, se discrepa del informe de Clothos cuando se refiere a los proyectos redactados por Aepe y Sener, así como el proyecto redactado en septiembre de 2014, toda vez que el único proyecto aprobado por Mintra fue el proyecto de construcción inicial de 2008. Por tanto, ni existe proyecto modificado alguno aprobado, ni Mintra ha dado en ningún momento instrucciones para la ejecución de modificado que implique la construcción de más obra o mayor presupuesto de inversión ni ha reconocido la necesidad de efectuar esas modificaciones. Simplemente se le ha dicho que proceda a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado en 2008, como se deduce de las distintas actas de obra.

Conforme a lo expuesto no procede la resolución del contrato por esta causa al no haber quedado acreditado la existencia de una conducta de Mintra imponiendo tales modificados.

En cuanto a las obras de reposición no constituyen una modificación del contrato sino medidas preventivas ante el mal estado de las obras tras el abandono de las mismas por el concesionario, que ponía en riesgo la seguridad de las personas y de los bienes, sin perjuicio de que el diseño de la solución propuesta lo realizó la sección de ingeniería de la mercantil Cercanías Móstoles Navalcarnero.

Por tanto, negando que concurran las causas de resolución invocadas por la actora no procede abonarle cantidad alguna por resolución del contrato. Ahora bien, en ningún caso procedería el abono de la indemnización del artículo 266.3 del TRLCAP, en caso de acordarse la resolución del contrato por causa de las modificaciones en el proyecto, por cuanto que dicha indemnización no es aplicable cuando el contrato se resuelva con base al artículo 240.2 de dicha norma.

En cuanto a la reclamación formulada se considera excesiva, y así pone de relieve que la concesionaria solicitó por daño emergente en abril de 2015, 238.942.656 euros y solo 6 meses después, en noviembre de 2015 la incrementaba en 80.000.000 de euros, solicitando por dicho concepto 318.278.415 euros.

El proyecto definitivo de ejecución material ascendía a 290.212.962,69 y de 345.353.425,27 euros en ejecución por contratas, tratándose de una obra que no se encuentra concluida.

Añade que, según el informe pericial aportado por la actora, la concesionaria tuvo que acudir a sus accionistas para financiarse, fijándose unos tipos de interés que oscilaron entre el 3% hasta el 6,5%. Los gastos por la financiación concedida ascienden a más de 37.000.000 de euros, sin que la Administración deba responsabilizarse de la evolución de los mercados financieros, de la falta de financiación externa y menos de tener que abonar los intereses de dicha financiación, lo que supone trasladar a la Administración el riesgo y ventura inherente al contrato. También se discute la inclusión de conceptos que solo a la contratista incumben conforme al PCAP (gastos derivados de la presentación a la licitación, gastos de asesoría no inherentes a la resolución contractual, gastos ajenos a la ejecución del contrato, conceptos incluidos en los gastos generales etc.).

También se discrepa del lucro cesante cuantificado el 30 de abril de 2015 en 46.503.068 euros, para incrementarse en casi 5.000.000 más en la solicitud efectuada el 13

de noviembre de 2015 (51.235.218 euros) y ello porque en el supuesto de que hubiera que indemnizar a la concesionaria de los daños y perjuicios derivados de la resolución del contrato por las causas del artículo 264 , letras f),g), h) o i) resulta de aplicación el artículo 266.3 del TRLCAP que exige atender a los resultados de explotación en el último quinquenio y en el presente caso, la obra no está terminada y el concesionario, por tanto, no ha comenzado a explotarla.

CUARTO.- El Ayuntamiento de Móstoles también se opone a la pretensión actora y en cuanto al incumplimiento de su obligación de aportar a la concesionaria la suma comprometida de 50.000.000 de euros, aduce que la responsabilidad de pago de resultar procedente recaería en el Ayuntamiento de Móstoles ya que el Convenio de Colaboración firmado entre la Comunidad de Madrid y la citada entidad local no preveía ninguna responsabilidad subsidiaria de aquella para el supuesto de que el Ayuntamiento de Móstoles incumpliera con su obligación, por lo que , en ningún caso se ha producido un incumplimiento del órgano de contratación por el citado motivo. Tampoco existe un incumplimiento por el Ayuntamiento de Móstoles, por cuanto que no se ha producido el soterramiento de la vía desde el cruce con la carretera A- 5 hasta la estación de Móstoles Central, premisa necesaria para que el Ayuntamiento realizase el pago de los 50.000.000 de euros, por cuanto que la aportación estaba sujeta al cumplimiento de dicha condición. El incumplimiento de la concesionaria deja sin efecto la obligación del Ayuntamiento de sufragar el incremento de la obra. Por otro lado señala que el plazo de pago de la citada cantidad finalizaba el 15 de marzo de 2010 (fecha en que debía estar concluido el soterramiento de la vía) y con anterioridad a su vencimiento, la concesionaria había paralizado unilateralmente los trabajos al no disponer de financiación, y que si el concesionario hubiera obtenido la financiación necesaria como era su responsabilidad, habría podido ejecutar las obras, ya que en su oferta comprometió la obtención de recursos financieros ajenos (76% del presupuesto de inversión), estando atribuido al concesionario el riesgo financiero (art. 43.f) PCAP). Finalmente afirma que la aportación de los 50.000.000 por parte del Ayuntamiento de Móstoles no es una obligación esencial del contrato, por cuanto que el incumplimiento de aportar la citada cantidad por la entidad local no determina que no pueda ejecutarse la obra y prestarse el servicio, máxime cuando dicho importe solo representa el 12,60% del presupuesto de inversión y el 14,67% del presupuesto de la obra aprobado.

También la actora invoca el Plan de Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías para Madrid 2009-2015 y el Protocolo de Colaboración para Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías entre el Ministerio de Fomento y la Comunidad de Madrid firmado el 17 de diciembre de 2009, sin embargo los citados planes no pueden constituir causa de resolución del contrato, dado su carácter genérico y escaso alcance obligacional, sin perjuicio de que según la estipulación 7.5 del contrato y 43 del PCAP “ *no se derivarán en ningún caso, responsabilidades para Mintra.....respecto de a) el aumento, supresión, reducción o modificación de las líneas de transporte colectivo que sirven actualmente a la zona o las que se prevean en un futuro para prestar servicio por parte de otras Administraciones Públicas competentes*”. Afirma que el verdadero problema para la ejecución del contrato ha sido la falta de financiación del proyecto y que obedece, según la carta del Banco de Santander, a la oferta formulada por el adjudicatario del contrato, que asumía el 100% del riesgo de demanda, cuando el PCAP no obligaba a asumir dicho porcentaje, al establecer la posibilidad de solicitar una banda mínima de ingresos garantizados.

En cuanto al desistimiento de la Administración, reitera con el argumento expuesto por la Comunidad de Madrid de que existe desviación procesal, señalando que no existe acuerdo expreso exigido para todo desistimiento, sin perjuicio de señalar que todos los actos de la Administración han estado dirigidos a la continuación del contrato, como se pone de manifiesto en el requerimiento efectuado el 29 de noviembre de 2012 por el Viceconsejero de Transportes, Infraestructuras y Vivienda al concesionario para que reanudara las obras . Reanudación de las obras que, asimismo se solicitó el 6 de marzo de 2014 en consonancia con la proposición no de ley aprobada por el Pleno de la Asamblea de Madrid.

No cabe desistimiento tácito sino que se requiere el acuerdo expreso en tal sentido por parte de la Administración, teniendo en cuenta, en el supuesto de desistimiento en la fase de ejecución del contrato, los límites formales establecidos en el TRLCAP y en el RD 1098/2001 y que no exista causa de resolución imputable al contratista.

Finalmente, en cuanto a la alegación del recurrente de que han existido modificaciones al proyecto que incrementaron mas del 20% el coste inicial de las obras, señala que el artículo 240.2 del TRLCAP establece la posibilidad de solicitar la resolución del contrato cuando el órgano de contratación imponga modificaciones que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20% del importe total de las obras inicialmente previsto. Por tanto, en el supuesto de que la modificación propuesta supere el 20%, el concesionario podrá optar por resolver el contrato o aceptar la modificación

propuesta. Ahora bien, una vez ejecutada la modificación no parece que pueda pretenderse la resolución del contrato. Las obras realizadas en ejecución de los requerimientos realizados en el año 2011 y en julio de 2014, tenían por objeto resolver la situación creada tras la paralización de las obras. Señala, por otro lado, que el artículo 101 de TRLCAP y 102 del RGCAP establece el procedimiento a seguir para las modificaciones contractuales, entre los que se encuentra la aprobación por el órgano de contratación, con formalización del contrato administrativo y reajuste de las garantías definitivas; circunstancias que en este supuesto no han existido ya que no consta en ninguna de las actas de obras levantadas que Mintra haya autorizado o impuesto modificaciones al proyecto inicial, sino que en todo momento ha instado al concesionario para que ejecute las obras conforme al proyecto aprobado en 2008. Alega que las obras de restitución no constituyen una modificación del contrato sino medidas preventivas ante el mal estado de las obras tras el abandono por el concesionario, lo que ponía en riesgo la seguridad de las personas y los bienes y que su diseño no fue ordenado por la Administración sino que fue a criterio de la concesionaria con la advertencia de que fueran compatibles con la reanudación de la obra, por lo que ésta no puede alegar que tales reposiciones tenían una clara intención de no reanudar las obras.

QUINTO.- Para la adecuada resolución del presente litigio se ha de tener como acreditado lo siguiente, tal y como resulta de los documentos obrantes en el expediente administrativo:

1) Con fecha 15 de marzo de 2006 se firma un convenio de colaboración entre la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Móstoles para la financiación de la construcción, conservación y explotación de la línea ferroviaria Móstoles- Navalcarnero , mediante contrato de concesión de obra pública, en cuyo expositivo ponen de relieve *“Que la ciudad de Móstoles padece la brecha que supone un trazado ferroviario en superficie, generando los efectos de un fraccionamiento que afecta a la circulación viaria y a la propia configuración de la ciudad, al dejar ella permeabilidad entre norte y sur a escasos puntos de comunicación y soportando el paso del tren a escasos metros de la viviendas. A su vez resulta perentorio que el transporte colectivo ferroviario llegue a los barrios de la Colonia Guadarrama; parque Coimbra y nuevos desarrollos de la ciudad de Móstoles, creando para tal fin nuevas paradas en dichos barrios, así como una parada en el núcleo central de El Soto. En este sentido el Ayuntamiento de Móstoles ve conveniente unir en un mismo proyecto ambas necesidades: la del soterramiento del ferrocarril a su paso por el casco urbano de*

Móstoles y la prolongación del transporte por ferrocarril hasta Navalcarnero con nuevas paradas en El Soto, Parque Coimbra, Colonia Guadarrama y nuevos desarrollos. El soterramiento y prolongación del ferrocarril constituyen las demandas de una plataforma cívica, en la que se han integrado los colectivos vecinales y entidades ciudadanas, organizaciones empresariales y sindicales del municipio y los 3 partidos políticos que componen la Corporación Municipal. El Ayuntamiento plantea que la nueva línea ferroviaria a Navalcarnero conecte en Móstoles Central en lugar de Móstoles El Soto, discurriendo subterránea desde el cruce con la carretera A-5, de tal forma que se ejecutaría aproximadamente el 75% del soterramiento de la línea a su paso por el casco urbano, favoreciendo el cumplimiento del objetivo...de integrar el ferrocarril en el entorno urbano y recuperar suelo para la ciudad". La cláusula primera del citado Convenio, que lleva por título "objeto" dispone que "el presente convenio tiene por objeto articular la construcción de la línea ferroviaria Móstoles- Navalcarnero, bajo la forma de contrato de concesión de obra pública licitado por la Comunidad de Madrid, conforme a un nuevo trazado que contempla el soterramiento de la vía desde el cruce con la carretera A-5 hasta la estación Móstoles- Central, bajo la premisa de que sea el Ayuntamiento de Móstoles el que financie el incremento de coste de construcción de la obra, de manera que el nuevo trazado con soterramiento no suponga, en consecuencia, gravamen o perjuicio económico para la Comunidad de Madrid, el concesionario o los futuros usuarios del servicio de transporte ferroviario de la línea objeto de convenio". La cláusula tercera que se refiere a la duración dice que "entrará en vigor el día de su firma... Y permanecerá vigente durante 4 años contados a partir del día en que se adjudique el contrato... y ello sin perjuicio de las prórrogas que, de mutuo acuerdo, pudieran establecerse". La cláusula cuarta señala que "el Ayuntamiento de Móstoles se compromete a financiar el soterramiento y la prolongación de la vía prevista en el nuevo trazado mediante la realización de una transferencia de capital, a favor del concesionario, por la cantidad total de 50 millones de euros durante el cuarto año desde la firma del presente convenio. El importe de esta transferencia se financiara a través de los aprovechamientos urbanísticos que genere el soterramiento...En el supuesto de que no sea posible esta alternativa, la financiación se llevará a cabo con otros aprovechamientos urbanísticos... En todo caso para el supuesto de que los recursos anteriores fueran insuficientes, el Ayuntamiento se compromete igualmente a abonar la cantidad de 50.000.000 de euros... Finalmente, la cláusula novena establece que el presente

convenio se incorporará al expediente de contratación que se aprueba para la licitación de la concesión.

El 3 de mayo de 2007 se firma entre MINTRA y el Consorcio Regional de Transporte Público Regulares de Madrid un Convenio de Colaboración para la redacción del proyecto, construcción y explotación de la obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles Central y Navalcarnero.

Ambos Convenios forman parte del PCAP, de acuerdo con lo establecido en la cláusula 12 del PCAP y en el expositivo segundo del contrato

2) El apartado 1.3 del PCAP recoge el convenio de colaboración entre la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Móstoles en los siguientes términos: *“con fecha de 15 de marzo de 2006, la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Móstoles han suscrito un convenio de colaboración para la financiación de la construcción, conservación y explotación de la línea ferroviaria Móstoles- Navalcarnero, mediante contrato de concesión de obra pública, en virtud del cual:*

--Se articula la construcción de la línea ferroviaria Móstoles- Navalcarnero bajo la forma de contrato de concesión de obra pública conforme al nuevo trazado que contempla el soterramiento de la vía desde el cruce con la carretera A-5 hasta la estación de Móstoles Central, bajo la premisa de que el Ayuntamiento de Móstoles financie íntegramente el coste de construcción de esta obra.

--El Ayuntamiento de Móstoles se compromete a financiar el soterramiento y prolongación de la vía prevista en el nuevo trazado, mediante la realización de una transferencia de capital a favor del concesionario por la cantidad total de 50 millones de euros durante el cuarto año desde la firma de este convenio.

--Si bien en principio se prevé financiar el importe de esta transferencia a través de los aprovechamientos urbanísticos que generaría el futuro soterramiento de la línea C5 en Móstoles Central, en caso de que estas plusvalías no se produjeran, el Ayuntamiento se obliga a abonar igualmente esta cantidad de 50.000.000 de euros al concesionario.

3) Conforme al PCAP, el plazo de la concesión de obra pública será de 20 años desde el día siguiente al de formalización del contrato (cláusula 5). El plazo para la elaboración por el concesionario del proyecto definitivo será de 6 meses contados a partir del día siguiente a la formalización del contrato y el plazo máximo para finalización de las obras será de 30

meses a contar desde la fecha de la firma del acta de replanteo (cláusula 6), que deberá firmarse en el plazo de 15 días desde la fecha de la aprobación técnica del proyecto definitivo (cláusula 32.2). En dicho plazo máximo deberán haberse realizado las expropiaciones necesarias para la ejecución de las obras, estar construidas las instalaciones necesarias para la explotación, mantenimiento y conservación de la nueva línea de transporte ferroviario así como de las demás instalaciones que correspondan según la oferta del adjudicatario”. El presupuesto estimado de inversiones iniciales a realizar por el concesionario es de 363.277.722 euros (IVA incluido) (cláusula 7) y como contraprestación al concesionario se establece que será retribuido mediante la tarifa técnica establecida en su oferta, en los términos de las cláusulas 46 y 47 de pliego, asumiendo el concesionario el riesgo de la construcción y de la demanda (cláusula 8), viniendo determinado el régimen económico- financiero de la concesión en el Plan Económico Financiero que será aprobado por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación a la vista de la oferta del licitador seleccionado.

El apartado 16.2.2 que se refiere al sobre nº 2: propuesta económica. Plan Económico Financiero de la Concesión (PEFC), en su apartado a 14) menciona los fondos ajenos que se piensa utilizar y, en su caso, compromiso de aportación de los citados fondos por las entidades financieras que hayan de participar en la financiación de la construcción y explotación objeto de la concesión y el apartado c) de la anterior cláusula 16.2.2 se refiere a la documentación relativa a la obtención de los recursos financieros en el siguiente sentido “ *carta de compromiso de los proveedores de deuda (bancos o instituciones financieras) indicando su compromiso para facilitar financiación en las condiciones ofertadas y detallando los principales términos en que se asumen*”.

La cláusula 25, apartados 2 y 3 se refiere a los recursos propios y a los recursos ajenos de la sociedad concesionaria. En cuanto a los recursos propios, en ella se dice que “ *en todo caso tendrán la consideración de recursos propios la cantidad de 50 millones de euros que el Ayuntamiento de Móstoles se ha comprometido a abonar al concesionario en el marco del convenio de colaboración ...* ” , añadiendo la cláusula 39.a, entre los derechos del concesionario el de “*recibir , de acuerdo con lo previsto en este pliego la cantidad de 50.000.000 de euros por la realización de las obras contempladas en el Convenio de Colaboración suscrito por la Comunidad de Madrid y por el Ayuntamiento de Móstoles anexo a este pliego, durante el cuarto año desde la firma del citado Convenio*” . En cuanto a los recursos ajenos establece que “*la sociedad concesionaria podrá recurrir a la*

financiación ajena, apelando al crédito en el mercado de capitales, hasta completar el 80% restante de la financiación requerida que complemente a los fondos propios”

La cláusula 43 atinente al riesgo y ventura dispone que *“el concesionario asumirá los riesgos y responsabilidades que se deriven del proyecto, construcción, explotación y conservación de la línea, en los términos descritos en el objeto del contrato en el presente pliego. Es decir, la totalidad del contrato de concesión en sus aspectos de proyecto, construcción, explotación, conservación y financiación se desarrolla a riesgo y ventura del concesionario. En particular y con carácter meramente enunciativo, no se derivarán en ningún caso responsabilidades para MINTRA ni para el CRTM en virtud de sus competencias en la prestación del servicio, respecto a: a) defectos, insuficiencias, errores, omisiones o incumplimientos en el proyecto. b) errores constructivos o retrasos en la construcción. c) los resultados de explotación de la línea. d) la evolución del número de viajeros en la línea objeto de la concesión. e) la evolución de los residentes en el entorno de las estaciones. f) la evolución de las condiciones financieras del mercado a lo largo del plazo concesional. g) el aumento, supresión, reducción o modificación de líneas de transporte colectivo que sirven actualmente a la zona, o las que se prevean en un futuro para prestar servicio, por parte de otras Administraciones Públicas competentes”*.

Finalmente, la cláusula 46 señala que *“la retribución del concesionario vendrá determinada en función del nivel real de demanda de viajeros que emplee la línea. A estos efectos se entiende por demanda real la que resulte del registro de las máquinas de control de acceso sumada a la de los billetes que se expidan dentro de las instalaciones o durante el transporte. La retribución se calculará como el producto de la tarifa técnica contenida en la oferta del adjudicatario, actualizada anualmente conforme al IPC o índice o indicador estadístico que lo sustituya, por el volumen real de usuarios de la línea calculado de la forma indicada...”* .

4) Por resolución de MINTRA de 26 de octubre de 2007 se acuerda adjudicar el contrato de *“concesión de redacción de proyecto, construcción y explotación de la obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles Central y Navalcarnero”* a la futura sociedad concesionaria a constituir entre OHL, S.A. y OHL Concesiones S.L, por ser la oferta más ventajosa, constituyéndose por el adjudicatario una sociedad anónima con la denominación de *“Cercanías Móstoles Navalcarnero S.A”* para la ejecución del contrato, que se firmó el 2 de enero de 2008 , y en cuya cláusula 7.2 referente a los derechos del concesionario, en su apartado a) se dice *“recibir, de acuerdo con lo previsto en el PCAP, la*

cantidad de 50.000.000 de euros por la realización de las obras contempladas en el convenio de colaboración suscrito por la Comunidad de Madrid y por el Ayuntamiento de Móstoles anexo al PCAP, durante el cuarto año desde la firma del citado Convenio". La cláusula 7.3.2.4 de contrato, en la que se mencionan las obligaciones de la sociedad concesionaria relativas al proyecto, construcción, explotación, conservación y mantenimiento de la línea, menciona, en lo que aquí interesa, en sus apartado b) lo siguiente: "ejecutar las obras conforme al proyecto aprobado por MINTRA, cumpliendo con el plazo total marcado en el PCAP para la terminación de las obras y puesta en marcha del servicio de acuerdo con su oferta...": la cláusula 7.5 dice que "la totalidad del contrato de concesión, en sus aspectos de proyecto, construcción, explotación, conservación y financiación se desarrolla a riesgo y ventura del concesionario" y la cláusula 10.1 y 3 que "el adjudicatario deberá presentar en el plazo de 6 meses desde la fecha de formalización del contrato , el proyecto definitivo" y que "una vez supervisado y, en su caso, subsanados los defectos detectados, MINTRA aprobará el proyecto definitivo que quedará incorporado al contrato" y la cláusula 11.2 que "el acta de replanteo del proyecto definitivo deberá firmarse en el plazo de 15 días desde la fecha de aprobación técnica del citado proyecto".

5) Una vez redactado el proyecto de construcción definitivo fue aprobado por MINTRA el 28 de agosto de 2008. El acta de comprobación de replanteo se realiza el 10 de septiembre de 2008, y a partir de dicho momento comienza a contar el plazo máximo para finalización de las obras de 30 meses (cláusula 6 del PCAP). En consecuencia, la obra debía estar concluida como máximo en marzo de 2011.

6) En el acta de la reunión ordinaria de obra nº 83 celebrada, entre otros, con representantes de MINTRA y de la empresa adjudicataria, el 14 de enero de 2010 solicitando una fecha de terminación de los trabajos (apartado 30), Cercanías Móstoles Navalcarnero SA contestó en el sentido de que "dado que no se dispone de financiación se deben paralizar los trabajo y a día de hoy no tienen conocimiento de cuando se van a poder retomar los mismos, por los que quedaran paralizados sine die" . De forma similar el informe mensual emitido por INECO (empresa encargada de la asistencia técnica de las obras) el 12 de enero de 2010 enumera una serie de tajos que están en ejecución y respecto de resto señala que "se localizan sin actividad y el contratista ha manifestado que están paralizados sine die".

Como consecuencia de que la paralización sine die afecta a casi la totalidad de las obras en curso existiendo también retraso en la obra pendiente de inicio y planificación, lo

que entrañaba un riesgo claro de que las obras no pudiesen estar terminadas en plazo , con fecha 18 de enero de 2010, MINTRA requiere a la concesionaria para que reanude la ejecución de las obras que han sido paralizadas, planifique las actividades pendientes de inicio y comience las actividades cuya fecha de inicio prevista en el plan de obras se ha superado, concediéndole un plazo de 20 días para que acredite el cumplimiento de dicho requerimiento. En dicho requerimiento se hace constar que se trata de una paralización unilateral decidida por el concesionario, motivada por el incumplimiento de una de sus obligaciones contractuales consistente en dotarse de los recursos económicos necesarios (cláusulas 25.1.4 y 25.3.1 del PCAP), dado que el concesionario tiene la obligación de obtener la financiación necesaria para ejecutar las obras, que le serán remuneradas en fase de explotación. Por ello, la falta de financiación no legitima la paralización de las obras.

Ante el incumplimiento de este requerimiento, MINTRA inicia con fecha 14 de abril de 2010, un expediente de imposición de penalidades.

7) Con fecha 27 de julio de 2010, la concesionaria solicita la resolución del contrato por causas no imputables al mismo, con abono del importe de las inversiones realizadas mas la indemnización de los daños y perjuicios irrogados, con devolución de la garantía prestada, si bien con fecha 27 de octubre de 2010 presenta otro escrito pretendiendo se tuviera por no solicitada la resolución del contrato instada, manifestando su voluntad de cumplir con sus compromisos contractuales, retomando la ejecución de las obras, en los términos que resulten de un nuevo plan de trabajo; resolviendo MINTRA en el sentido solicitado por la contratista mediante resolución de 16 de noviembre de 2010, requiriendo a la concesionaria para que en el plazo de 30 días aportase un nuevo plan de trabajo. Con fecha 27 de diciembre de 2010 se aprueba el nuevo plan de trabajo, con la consiguiente prórroga de plazo para finalizar las obras (hasta enero de 2013), continuando la inactividad en la ejecución de las obras, que comenzó en enero de 2010 hasta el 1 de septiembre de 2011, con el objeto de obtener financiación, si bien durante el citado periodo deberían realizarse una serie de obras contempladas en el proyecto vigente aprobado por MINTRA. La ejecución de estas actuaciones tiene por objeto ayudar a paliar los efectos negativos que la paralización de las obras ha ocasionado a los ciudadanos de Móstoles así como posibilitar que, cuando se resuelvan los problemas de financiación, puedan cumplirse los objetivos marcados con el nuevo plan de obra.

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

En este sentido, las mencionadas dificultades financieras y la crisis económica no pueden servir, en ningún caso, para limitar la responsabilidad y los riesgos asumidos por CMN en los términos establecidos en su oferta y en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares rector del contrato de concesión. Conforme con éstos, la sociedad concesionaria asume las eventuales consecuencias derivadas de cualquier disminución de la demanda y se obliga a obtener, de forma inmediata, tras la firma del Contrato, la financiación, propia o ajena, necesaria para el cumplimiento del contrato. Esto es, la financiación debía haberse cerrado mucho antes de que la situación económica se deteriorase”.

8) El 29 de enero de 2011, el Ayuntamiento de Navalcarnero remite a MINTRA un informe de los servicios técnicos municipales sobre los daños y perjuicios que causaba la paralización de las obras e instando a que se retomasen las mismas o se restituyeran los servicios y viales afectados a su estado original y mediante escrito de 25 de febrero de 2011, MINTRA requiere a la concesionaria para que realice las obras que se habían previsto en el nuevo programa de trabajo.

9) Por Ley 4/2011, de 28 de julio se extinguió la entidad de derecho público MINTRA, asumiendo todos sus bienes, derechos y obligaciones la Dirección General de Infraestructuras de la Consejería de Transporte e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid.

10) El plazo para la actividad de búsqueda y obtención de la financiación expiraba el día 1 de septiembre de 2011, según consta en escrito de la concesionaria presentado el día 7

de octubre de 2011 y el inicio del plazo para la ejecución de las obras se fijaba el 1 de septiembre de 2011.

Con fecha 16 de noviembre de 2011 la concesionaria comunica el resultado negativo de su gestión para obtener financiación y solicitaba una modificación del contrato de concesión basada en necesidades nuevas y causas imprevistas. Aporta cartas del banco de Santander y ING Direct fechadas el 15 de noviembre de 2011 que concluía “lamentablemente no estamos en condiciones de ofrecer una estructura de financiación que permita el desarrollo del proyecto, en base a un riesgo de demanda , tal y como está configurado”.

La Administración entiende que el concesionario debe obtener la financiación necesaria para cumplir con sus obligaciones contractuales y con fecha 29 de noviembre de 2012, le requiere para que reanude la ejecución de las obras previstas en el proyecto de construcción aprobado el 28 de agosto de 2008, planificando las obras y actividades pendientes de ejecución, fijando un plazo máximo de 15 días y advirtiéndole de la posibilidad de imponer sanciones, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios originados por la paralización y demora en la ejecución de las obras.

En relación con la solicitud de modificación contractual planteada, se le dijo que sigue contando con carencias que impiden apreciar las razones de interés público y su viabilidad caso de aprobarse. En respuesta la empresa concesionaria presentó el día 31 de mayo de 2013 escrito en el que justificaba y aportaba documentación relativa a la modificación propuesta.

11) El Pleno de la Asamblea de Madrid, con fecha 20 de febrero de 2014, insta al Gobierno de dicha Comunidad a que exija a la empresa concesionaria la reanudación inmediata de las obras, lo que efectúa el Director General de Infraestructuras por escrito de 6 de marzo de 2014. Con fecha 30 de julio de 2014 nuevamente requiere a la concesionaria para que continúe con la ejecución de las obras comenzando con las reposiciones en el municipio de Móstoles, de modo compatible con la ejecución del contrato.

12) Con fecha 7 de mayo de 2015, la concesionaria presenta escrito solicitando de la Administración un acta de reinicio de las obras así como la aprobación del proyecto de las que se están ejecutando en Móstoles y la emisión de las correspondientes certificaciones,

siendo contestado por el Director General de Infraestructuras en el sentido de que el contrato no se encuentra suspendido por lo que deberá reiniciar la ejecución de todas las obras previstas en el proyecto vigente, recordándole que la totalidad del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista.

13) Con fecha 12 de junio de 2015 "CERCANIAS MÓSTOLES NAVALCARNERO S. A." presenta solicitud de resolución del contrato de concesión por causa no imputable a la contratista, lo que es reiterado con nuevo escrito el 13 de noviembre de 2015. Con fecha 7 de septiembre de 2015, la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras emite informe en el que concluye con la desestimación de la solicitud de resolución del contrato por causas no imputables a la concesionaria. También ha emitido informe el Consorcio Regional de Transporte de Madrid con fecha 9 de septiembre de 2015, en el sentido de que *“las características de la oferta del concesionario han sido la causa principal por la que no ha podido obtener la financiación necesaria para completar sus fondos propios y acometer el proyecto; y todo ello más allá de los argumentos de la concesionaria basados en el riesgo imprevisible de la crisis económica. En efecto, debe traerse a colación, que frente a lo que manifiesta la sociedad en su escrito, en los pliegos se contemplaba la posibilidad de solicitar una banda mínima de ingresos garantizados, a los que renunció, obteniendo por tal causa una puntuación más elevada en los criterios de adjudicación, posibilidad que sí fue utilizada por otros licitadores del contrato”*. Asimismo existen informes del Área de Contratación Administrativa de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras y de los Servicios Jurídicos, y el dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid; todos ellos en el sentido de que se ha de desestimar la solicitud de resolución del contrato.

14) Finalmente, se dicta la Orden del Consejero de Transportes, Viviendas e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid de 18 de enero de 2016, que desestima la solicitud de resolución del contrato de *“concesión de redacción de proyecto, construcción y explotación de la obra pública de la nueva línea de transporte ferroviario entre Móstoles central y Navalcarnero”* formulada por la concesionaria por no concurrir ninguna de las causas de resolución imputables a la Administración invocadas y, en consecuencia, desestima todas sus pretensiones. Resolución administrativa impugnada en el presente recurso contencioso administrativo.

SEXTO.- Pasando al examen de las distintas causas de resolución del contrato por culpa de la Administración contratante invocadas por la recurrente, en primer término, menciona el incumplimiento de aportar a la concesionaria la suma de 50.000.000 de euros comprometidos por el Ayuntamiento de Móstoles, lo que constituye una causa de resolución del contrato por aplicación conjunta de los artículos 111.g) y 264.f) del TRLCAP.

El artículo 111.g) dispone como causa de resolución de los contratos administrativos en general *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”* y el artículo 264.f) establece como causa de resolución del contrato de concesión de obra pública *“la demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato”*.

El artículo 224.4 del TRLCAP aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, prevé la posibilidad de financiación de la concesión por parte de otra Administración Pública distinta de la concedente al establecer que *“la construcción de la obra pública objeto de concesión podrá asimismo ser financiada con aportaciones de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente, en los términos que se contengan en el correspondiente convenio...”* y de conformidad con el artículo 236.2 de la referida normativa *“ la ayuda de la Administración en la construcción de la obra podrá consistir en la ejecución por su cuenta de parte de la misma o en su financiación parcial... En el segundo supuesto, el importe de la financiación que se otorgue podrá abonarse en los términos pactados durante la ejecución de las obras de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 de esta Ley, o bien una vez que aquéllas hayan concluido, en la forma en que se especifica en el artículo 245 de esta Ley”*. El artículo 145 TRCLAP hacía referencia a las certificaciones y abonos a cuenta, lo que no parece aplicable al presente caso, ya que el PCAP y el contrato se limitan a reconocer el derecho de la concesionaria a recibir del Ayuntamiento de Móstoles la cantidad de 50.000.000 euros, por la realización de las obras contempladas en el Convenio de Colaboración suscrito por la Comunidad de Madrid y por la citada entidad local dentro del cuarto año de la firma del convenio, por lo que habrá de estarse a lo previsto en el artículo 245 de la normativa, que dice que *“Las Administraciones Públicas podrán contribuir a la financiación de la obra mediante aportaciones que serán*

realizadas durante la fase de ejecución de las obras, tal como dispone el artículo 236 de esta Ley, una vez concluidas éstas, o al término de la concesión, cuyo importe será fijado en los pliegos de condiciones correspondientes o por los licitadores en sus ofertas cuando así se establezca en dichos pliegos".

Conforme al Convenio de Colaboración suscrito con fecha 15 de marzo de 2006 entre la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Móstoles, transcrito prácticamente en su integridad, en el fundamento de derecho quinto y que aparece recogido en el PCAP y en el contrato, el citado Ayuntamiento se comprometió a financiar el incremento del coste de construcción de la obra producido por el soterramiento de las vías por el casco urbano de la localidad desde el cruce con la carretera A-5 hasta la estación Móstoles Central, así como por la prolongación del transporte por ferrocarril hasta Navalcarnero con nuevas paradas en El Soto, Parque Coimbra, Colonia Guadarrama y nuevos desarrollos, mediante la realización de una transferencia de capital, a favor del concesionario, por la cantidad total de 50 millones de euros durante el cuarto año desde la firma del presente convenio. Se preveía financiar el importe de esta transferencia a través de los aprovechamientos urbanísticos que generaría el soterramiento de la línea y en caso de que estas plusvalías no se produjeran, el Ayuntamiento se obligaba a abonar igualmente esta cantidad de 50.000.000 de euros al concesionario.

De lo expuesto se deduce que el Ayuntamiento de Móstoles no se compromete a transferir dicha cantidad a la concesionaria a fondo perdido, sino condicionada a la realización de unas obras concretas y determinadas, consistentes en el soterramiento de las vías y la prolongación del ferrocarril. Avala lo anterior no solo la claridad de lo acordado en el convenio de colaboración, sino también el hecho de que dicha cantidad no fuera aportada hasta el cuarto año de la firma del convenio, lo que hacía presuponer que la obra debería estar concluida en dicho plazo temporal. Por ello, se preveía que en la fase de construcción el concesionario solicitase un crédito puente de 50 millones de euros, que sería cancelado en el momento de producirse la aportación por parte del Ayuntamiento de Móstoles, quién pretendía financiar el importe de la citada cantidad a través de los aprovechamientos urbanísticos que produciría el soterramiento de la línea, sin perjuicio de prever que si dichas plusvalías no se produjeran quedaban obligados igualmente a aportarla.

Es impensable considerar que el Ayuntamiento de Móstoles venía obligado a aportar la nada considerable cantidad de 50 millones de euros a fondo perdido sin contraprestación alguna por parte del concesionario.

Por tanto, el Ayuntamiento de Móstoles se comprometía a aportar los 50.000.000 de euros, a cambio de las obras de soterramiento de las vías y prolongación del ferrocarril a realizar por el concesionario, concluyendo el plazo de pago de la referida cantidad por parte de la entidad local el 31 de diciembre de 2010 y las obras debían estar finalizadas el 10 de marzo de 2011, es decir, el abono de la cantidad comprometida se debía producir prácticamente terminadas las obras, lo que era conforme con la normativa expuesta, que permite financiar esta mediante aportaciones dinerarias una vez concluida la misma, sin que exista obligación de abonarlas antes de su finalización.

Al respecto hay que tener en cuenta que la concesionaria había paralizado las obras sine die el 14 de enero de 2010, al no obtener financiación para seguir ejecutándolas, y que a pesar de haberle sido concedida prórroga de plazo para la búsqueda y obtención de financiación hasta el 31 de agosto de 2011, la concesionaria también fracasó, como puso de manifiesto en su escrito de 7 de octubre de 2011.

Es evidente que el Ayuntamiento de Móstoles incumplió con la obligación de transferir dicha cantidad en el plazo de 4 años desde la firma del convenio de colaboración, pero la concesionaria también ha incumplido con sus obligaciones de soterrar la vía desde el cruce con la carretera A5 hasta la estación de Móstoles Central y a la prolongación del ferrocarril; obras que eran necesario ejecutar para poder reclamar el pago de los 50.000.000 de euros, que el citado Ayuntamiento se había comprometido a abonar, precisamente, en concepto de incremento de coste de construcción por dichas causas, para que el nuevo trazado con soterramiento no supusiera ningún gravamen o perjuicio económico ni para la Comunidad de Madrid, ni para el concesionario ni para los futuros usuarios del transporte ferroviario. En consecuencia, la mencionada entidad local no venía obligada al pago de unas obras que no habían sido realizadas y que se encontraban paralizadas unilateralmente sine die por el concesionario con anterioridad al vencimiento del plazo para su abono.

La exigencia de la concesionaria se basa, única y exclusivamente, en el hecho de que, según el convenio de colaboración, el PCAP y el contrato, el Ayuntamiento de Móstoles se obligaba a transferir la mencionada cantidad en el plazo de 4 años desde la firma del

convenio, pero ignorando por completo el resto de las cláusulas del convenio de colaboración, del PCAP y del contrato, que vinculaban dicha transferencia de capital al hecho de soterramiento de las vías y a la prolongación del ferrocarril por la concesionaria. Obligaciones claramente incumplidas por la concesionaria que liberaban, por tanto, del citado pago al Ayuntamiento de Móstoles. A ello debe añadirse, como ya hemos dicho, que con anterioridad al vencimiento del plazo de 4 años para que el Ayuntamiento de Móstoles transfiriera la cantidad de dinero, la concesionaria ya había paralizado los trabajos sine die al carecer de financiación (14 de enero de 2010) ignorando cuando se iban a poder retomar la ejecución de la obra.

El artículo 1100 del Código Civil dispone que *“en las obligaciones reciprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe”*; por tanto, el incumplimiento de la concesionaria deja sin efecto la obligación del Ayuntamiento de Móstoles de aportar los 50.000.000 de euros.

Lo expuesto es suficiente para desestimar dicha alegación, si bien debemos añadir que tampoco la pretensión actora tendría cabida en el artículo 264.f) del TRLCAP invocado, que dispone como causa de resolución del contrato *“La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato”*.

La Comunidad de Madrid, órgano de contratación, en ningún momento se comprometió a la entrega de los 50.000.000 de euros, sino que era una obligación que asumía el Ayuntamiento de Móstoles, precisamente, para que el nuevo trazado con soterramiento, que a ella beneficiaba, no supusiera ningún gravamen o perjuicio económico para la Comunidad de Madrid, como antes hemos expuesto. Si bien es cierto, que en la ejecución de obras cofinanciadas entre varias Administraciones Publicas , este Tribunal, partiendo del órgano que aprueba el PCAP y el PPT, adjudica el contrato y suscribe el documento administrativo de formalización del contrato, entiende que dicha Administración es la obligada al pago y a quién se ha de reclamar el mismo por ser el organismo contratante, sin perjuicio de las relaciones internas entre las distintas Administraciones ajenas al contratista y sin que se pueda hacer depender el pago de las certificaciones de la realización de la transferencia de una Administración a otra, ya que ello supondría dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de los contratos, frente a lo que expresa el artículo 1256 del Código Civil, sin embargo, dicha doctrina no es aplicable al supuesto debatido.

En efecto, en el caso enjuiciado no nos encontramos ante una obra cofinanciada por varias Administraciones Públicas, sino que, según el estudio de viabilidad económica financiera, nos encontramos ante un modelo de financiación privado en el que la Administración encarga a una empresa privada, mediante concurso público, tanto la redacción del proyecto, como la construcción, la financiación y posterior explotación del “Tren de Navalcarnero” durante un determinado periodo de tiempo. Es el concesionario quien asume íntegramente el coste de la inversión y de la explotación, y como contraprestación se establece que será retribuido mediante la tarifa técnica establecida en su oferta, actualizada anualmente conforme al IPC por el volumen real de usuarios de la línea y abonada por éstos. Como se dice en el informe obrante en el expediente administrativo (folios 32 a 35) el sistema de financiación descrito se ha mostrado como el sistema más apropiado para acometer una obra de esta magnitud al aportar las siguientes ventajas: 1) Permite acometer una importante obra de infraestructura sin necesidad de que el endeudamiento público se vea afectado por la obra. 2) Trasmite el riesgo de construcción al concesionario privado, quien será el responsable de la construcción de la infraestructura y asumirá los riesgos inherentes a ella. El concesionario asumirá íntegramente el coste de la inversión y explotación. En consecuencia, el concesionario asume los riesgos de construcción, disponibilidad y demanda.

Dicho lo anterior, el artículo 264.f) del TRLCAP se refiere a la demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación... a que se obligó según el contrato: pues bien, la cláusula octava del PCAP se refiere concretamente a la contraprestación al concesionario en los siguientes términos: *“el concesionario será retribuido por la ejecución del presente contrato mediante la tarifa técnica establecida en su oferta... El concesionario percibirá adicionalmente, el importe que hayan de abonar los viajeros en concepto de recargo extraordinario aplicado sobre el precio del billete a viajeros desprovistos de títulos de transporte válido... Asimismo, previa autorización de MINTRA, el concesionario podrá retribuirse mediante los ingresos derivados del alquiler de locales y de la publicidad”*.

Por tanto, no existe mención alguna en cuanto a las contraprestaciones a percibir por la contratista, a la aportación de 50.000.000 de euros, que se configuran en el PCAP, no como una contraprestación a percibir el concesionario, sino como uno de los recursos propios de la concesionaria (cláusula 25.2 del PCAP, que, en virtud del Convenio de

Colaboración suscrito entre la Comunidad de Madrid y el Ayuntamiento de Móstoles con fecha 15 de marzo de 2006, éste se comprometía a transferir a favor del concesionario para financiar íntegramente el incremento del coste del nuevo trazado con soterramiento a fin de que no supusiese gravamen o perjuicio económico para la Comunidad de Madrid).

Por tanto, dicha cantidad solo puede ser exigida al Ayuntamiento de Móstoles, una vez que las obras, a cuya ejecución se condicionaba el pago (soterramiento de las vías y prolongación del ferrocarril) fueran ejecutadas, lo que, como ya hemos expuesto no ha ocurrido, al paralizarse las obras el 14 de enero de 2010, sin que la falta de pago de la referida cantidad por la entidad local sea causa de resolución del contrato incardinable en el artículo 264.f) del TRLCAP, por no ser una contraprestación a la que viniera obligada el órgano de contratación, según contrato.

A ello debe añadirse que, aún cuando hipotéticamente el Ayuntamiento de Móstoles viniera obligado a abonar la citada cantidad y no lo hubiera efectuado, ello no autoriza a la concesionaria, como este Tribunal tiene reiteradamente dicho, para abandonar unilateralmente la obra, dado el interés público existente en todo contrato administrativo, sino únicamente, si se dan los supuestos de hecho que la normativa contempla, para solicitar el abono de los intereses de demora o para solicitar la suspensión o resolución del contrato, no siendo, por tanto, conforme a derecho ampararse en la falta de aportación de la cantidad comprometida por el Ayuntamiento de Móstoles para dejar sin ejecutar el contrato, dado que el incumplimiento de la Administración en ningún caso habilita al concesionario para dejar de cumplir con las obligaciones asumidas, sin perjuicio de solicitar del órgano contratante bien la aportación dineraria convenida o la suspensión o resolución del contrato.

Por otro lado, tampoco la falta de aportación por el Ayuntamiento de Móstoles de la cantidad comprometida puede dar lugar a la resolución del contrato con fundamento en la causa prevista en el artículo 111.g) del TRLCAP “*incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*”.

En efecto, como señala la STS de 24 de junio de 2004 “*la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el*

contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en que consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”. En consecuencia con lo expuesto, no todo incumplimiento puede generar la resolución de un contrato administrativo.

Por otro lado, el artículo 112.10 dice que “*el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquel solo en los casos previstos en esta ley*”, lo que viene a ser una manifestación del carácter restrictivo que preside la facultad resolutoria del administrado frente a la Administración, dada la finalidad de servicio a la comunidad y de interés general que tienen los contratos administrativos.

Pues bien, desde dicho punto de vista ,la falta de aportación de los 50.000.000 por parte del Ayuntamiento de Móstoles, que, por otra parte como ya hemos dicho, no le era exigible al no haber cumplido el concesionario con su obligación de soterrar las vías y prolongar el transporte por ferrocarril en dicha localidad y haber paralizado la obra con anterioridad al transcurso del plazo de los 4 años para su abono, solo representa el 12,60% del presupuesto de inversión y el 14,67% del presupuesto de obra aprobado y cuyo desembolso se debía realizar prácticamente cuando las obras estuvieran concluidas, por lo que en ningún caso se puede entender como el incumplimiento de una obligación esencial que dé lugar a la frustración del fin del contrato.

A ello debe añadirse que la concesionaria comprometió en su oferta la obtención de recursos financieros ajenos (76% del presupuesto de inversión) que debió haber obtenido tras la firma del contrato, no siendo lógico invocar, como causa de resolución del contrato, la falta de aportación de los 50.000.000 de euros por parte del Ayuntamiento de Móstoles, en

lugar de su falta de obtención de crédito de las entidades bancarias Santander y ING Direct para sufragar la inversión a la que se había comprometido contractualmente.

Lo expuesto se deduce claramente de los hechos expuestos en el fundamento de derecho quinto, en cuyos apartados 6, 7 y 8 se deja constancia de como el 14 de enero de 2010 los trabajos quedan paralizados sine die por falta de financiación y aún cuando se acordó una prórroga para la búsqueda y obtención de financiación, ésta resultó infructuosa, dado que el Banco de Santander, quién inicialmente mostró interés en la financiación del proyecto, como se deduce de la carta de compromiso incluida en la oferta, en junio de 2010 remitió una carta a la concesionaria poniendo de manifiesto la crisis inmobiliaria que trajo como consecuencia que las estimaciones de la demanda para la línea ferroviaria se vieran disminuidas de forma considerable, lo que coincidió con la crisis financiera, lo que impidió firmar un contrato de crédito para el proyecto en la forma y tiempo inicialmente prevista. En términos similares (crisis económica y crisis financiera) se pronuncia ING Direct señalando que no estaban en condiciones de ofrecer una estructura de financiación que permitiese el desarrollo del proyecto.

Por tanto, es la falta de financiación lo que motivó la paralización de la obra y no la falta de aportación por el Ayuntamiento de Móstoles de los 50.000.000 de euros.

Finalmente, destacar que no existe prueba alguna de que el mercado financiero denegase la financiación externa establecida en la oferta, porque el Ayuntamiento de Móstoles no tenía intención de aportar la inversión comprometida como por el Plan de Infraestructuras para Madrid (2009-2015) y el Protocolo que la Comunidad de Madrid firmó con el Ministerio de Fomento, sino como se deduce de las cartas del banco de Santander y de ING Direct, deniegan la financiación “*en base al riesgo de demanda tal y como está configurado*”.

Hay que partir de que la cláusula 43 del PCAP dispone que el concesionario asume los riesgos que se deriven del proyecto, construcción, explotación y conservación de la línea, es decir, la totalidad del contrato de concesión en sus aspectos de proyecto, construcción, explotación, conservación y financiación y en particular, que no se derivarán en ningún caso responsabilidades para MINTRA ni para el CRTM en virtud de sus competencias para la prestación del servicio, mencionado en su apartado f) “la evolución de las condiciones financieras del mercado a lo largo del plazo concesional” y que era obligación del

concesionario obtener la financiación necesaria para ejecutar las obras y que en su oferta el concesionario asumió como mejora el 100% del riesgo de demanda, cuando el PCAP no obligaba a asumir ese porcentaje, existiendo un informe del Consorcio Regional de Transporte de Madrid de 9 de septiembre de 2015, avalando lo manifestado en las cartas de las entidades bancarias antes citadas, en el sentido de que han sido las características de la oferta del concesionario la causa principal por la que no ha podido obtener la financiación necesaria para acometer el proyecto, ya que en los pliegos se contemplaba la posibilidad de solicitar una banda mínima de ingresos garantizados, a los que renunció en su oferta la concesionaria.

Asimismo debemos señalar que, el Plan de infraestructuras Ferroviarias de Cercanías para Madrid y el Protocolo de Colaboración para Infraestructuras Ferroviarias de Cercanías, tenían carácter genérico y escaso alcance obligacional, sin perjuicio de que, la estipulación 7.5 del contrato y la cláusula 43 del PCAP establecen que “no se derivarán en ningún caso responsabilidades para MINTRA ni para CRTM en virtud de sus competencias en la prestación del servicio, respecto a g) el aumento, supresión, reducción o modificación de las líneas de transporte colectivo que sirven actualmente en la zona o las que se prevean en un futuro para prestar servicio por parte de otras Administraciones Públicas competentes.

A la vista de lo razonado procede desestimar la pretensión de resolución del contrato por la causa expuesta.

SÉPTIMO.- En segundo lugar solicita la actora se resuelva el contrato con base en el artículo 264 i) TRLCAP, alegando la existencia de un desistimiento tácito de la Comunidad de Madrid a la ejecución del contrato, argumentando que el órgano de contratación le instó a ejecutar obras de “reposición” en Móstoles, consistentes en ejecutar la urbanización que el proyecto preveía al momento de finalización de la obra, siendo dichas obras incompatibles con la continuidad de la ejecución de las obras del contrato concesional, como se pone de manifiesto en los informes aportados, en concreto, en el informe Clothos de 24 de marzo de 2015, elaborado por D. Antonio García del Villar, Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, que analiza el proyecto redactado en septiembre de 2014 por Acciona Ingeniería (Proyecto de construcción de las actuaciones de integración urbanística de las

obras de la línea ferroviaria Móstoles- Navalcarnero), que propone no solo cerrar y abandonar de forma casi definitiva esas infraestructuras, sino que además construyen sobre ellas unas obras de urbanización que tienen carácter definitivo, incluyendo desde enterrar rampas y pozos, a pavimentar sobre ellos, plantar árboles e instalar pérgolas peatonales, lo que no es compatible con la ejecución del resto de las obras de la nueva línea ferroviaria objeto de la concesión. Añade el citado perito, en el momento de ratificar su informe, que dichas obras no tuvieron por objeto garantizar la seguridad sino dejar la zona afectada en su estado final, es decir, en el estado que quedarían una vez que se hubieran concluido las obras principales.

Tanto el letrado de la Comunidad de Madrid como el del Ayuntamiento de Móstoles se oponen a dicha pretensión, afirmando que no ha existido un desistimiento, ni expreso ni tácito, de la Administración, como se deduce de los numerosos requerimientos exigiendo la ejecución del contrato, sino que, ante los incumplimientos de la concesionaria se han adoptado decisiones en aras de lo que era mejor para el interés público, incluida las obras de restitución, tras la solicitud del Ayuntamiento de Móstoles a consecuencia de la paralización de las obras y del grave perjuicio que ello suponía.

El artículo 264.i) del TRLCAP, precepto en el que se basa la actora para solicitar la resolución del contrato por los hechos mencionados, dispone como causa de resolución del contrato de obra pública *“la imposibilidad de la explotación de la obra pública como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato”*.

En el caso debatido, ni nos encontramos ante la imposibilidad de explotación de la obra pública, por cuanto que esta no ha sido ejecutada, dado que como ya hemos dicho reiteradamente, la misma quedó paralizada sine die por falta de financiación desde el año 2010 y sin que dicho precepto contemple como causa de resolución la imposibilidad de efectuar la construcción de la obra, ni tampoco consta la existencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente (hay que entender que son expresos) que traigan como consecuencia la imposibilidad de explotación de la obra pública, lo que sería suficiente para desestimar dicha pretensión, por cuanto que las razones alegadas no son incardinables en el precepto mencionado.

No obstante debemos añadir que tampoco existe acuerdos de la Administración concedente de los que quepa deducir con total fiabilidad que desiste tácitamente de la

ejecución del contrato, sino que, por el contrario, todas sus actuaciones, como se ha puesto de manifiesto en el fundamento de derecho quinto de esta sentencia desde el primer momento han tendido a su ejecución .

En efecto, paralizadas las obras en enero de 2010, ya con fecha 18 de enero de 2010 la Administración requirió a la concesionaria para que reanudase la ejecución de las obras y ante el incumplimiento del requerimiento inició un expediente de imposición de penalidades. En diciembre de 2010 se aprueba el nuevo plan de trabajo, con la consiguiente prórroga de plazo para finalizar las obras con el fin de que la concesionaria pueda buscar la financiación necesaria, lo que dio resultado negativo. Con fecha 29 de noviembre de 2012, se la requiere para que reanude la ejecución de las obras previstas en el proyecto de construcción aprobado el 28 de agosto de 2008, advirtiéndole de la posibilidad de imponer sanciones, sin perjuicio de la indemnización de los daños y perjuicios originados por la paralización y demora en la ejecución de las obras y el Pleno de la Asamblea de Madrid, con fecha 20 de febrero de 2014, insta al Gobierno de la Comunidad a que exija a la empresa concesionaria la reanudación inmediata de las obras, lo que efectúa el Director General de Infraestructuras por escrito de 6 de marzo de 2014. Con fecha 30 de julio de 2014 nuevamente la Dirección General de Carreteras se dirige a la concesionaria, requiriéndola para que retome de inmediato la ejecución de las obras. Finalmente con fecha 26 de mayo de 2015 se le vuelve a comunicar que no se ha suspendido en ningún momento el contrato, por lo que se la requiere para que reinicie la construcción de todas las obras previstas en el proyecto de construcción vigente.

De lo expuesto se deduce claramente que no existe un desistimiento, ni expreso ni tácito, de la Administración respecto a la ejecución del contrato.

Lo que ocurrió fue que paralizadas las obras desde enero de 2010, con fecha 10 de septiembre de 2013, el Ayuntamiento de Móstoles solicita que se acometan de forma urgente actuaciones relacionadas con la accesibilidad, movilidad urbana y alumbrado público en la Avda. de Portugal, lo que fue comunicado a la sociedad concesionaria por el Director General de Infraestructuras, solicitándole que acometiera dichas obras. El 30 de julio de 2014 nuevamente la Dirección General de Infraestructuras se dirige a la concesionaria, requiriéndole otra vez para que retome de inmediato la ejecución de las obras comenzando con las reposiciones en el municipio de Móstoles, debido al interés público de los ciudadanos afectados por la falta de ejecución de las actuaciones proyectadas en Móstoles a consecuencia de la interrupción de los trabajos durante más de 4 años.

No hay que olvidar que el concesionario venía obligado a ejecutar las obras en el plazo estipulado y que las mismas fueron paralizadas unilateralmente sine die por falta de financiación, por lo que no es de extrañar que el Alcalde del Ayuntamiento de Móstoles, ante el riesgo que las obras paralizadas en la localidad suponían para las personas y bienes, reclamase a la Comunidad de Madrid que exigiese al contratista la realización de las obras necesarias para paliar la situación originada y que demandaba una solución, dado el exceso de tiempo transcurrido desde su paralización .

Pues bien, en el requerimiento efectuado por la Comunidad de Madrid con fecha 30 de julio de 2014 del Director General de Infraestructuras a la concesionaria para que iniciase las obras de reposición, se le dijo que dicha obra se hiciera “*de forma compatible con la ejecución del resto de las obras de la nueva línea ferroviaria objeto de la concesión*”. Por tanto, esa es la única voluntad expresa manifestada por el órgano contratante y a ella se refiere el perito de parte al contestar afirmativamente a la pregunta de qué ¿si lo que requería la Comunidad era que las obras de reposición se ejecutasen de forma compatible con la continuación de las obras en un futuro? , así como al señalar que el requerimiento de 30 de julio de 2014 al hablar de obras compatibles se refería a la compatibilidad con las obras de la concesión.

Ahora bien, dicho perito también deja claro en su informe que las obras de reposición que se acometieron (árboles, pérgolas, ensanchar aceras etc.) no eran compatibles con la ejecución de las obras de la nueva línea ferroviaria objeto de la concesión, por lo que la cuestión que se plantea es si la voluntad expresa manifestada por la Administración era que las obras de reposición que se ejecutasen en Móstoles fueran compatibles con las obras de la línea ferroviaria objeto de la concesión, como las obras ejecutadas no son compatibles.

A este respecto, consta en el expediente informe emitido por el Director General de Carreteras y el Subdirector General de Concesiones, Arquitectura y Proyectos de 7 de septiembre de 2015 en el que se dice, que la solución propuesta para las obras de reposición las diseñó la propia sección de ingeniería de la concesionaria a instrucciones de ella, sin que la Administración le ordenase, en ningún caso, el diseño de la propuesta, sino que fue la propia concesionaria , a su criterio, la que adoptó las medidas de reposición, por lo que la Administración no le impuso como debía llevarse a cabo dichas obras de reposición.

El informe pericial de parte en sus páginas 26 a 31 hace referencia a distintas reuniones mantenidas el 7, 12, 26 y 28 de agosto de 2014 , en las que estuvieron presentes representantes de la Dirección General de Infraestructura, de la Asistencia Técnica (INECO),

del Ayuntamiento de Móstoles, de la concesionaria, OHL y Acciona Ingeniería, y en la última, además de los antes mencionados, Euroestudios e Incope en el que, según afirma se concretaron las actuaciones a realizar en los términos en que después se redactó el proyecto de construcción de las actuaciones de integración urbanística de las obras de la línea ferroviaria Móstoles. Navalcarnero. Sin embargo, como se dice en el informe emitido por el Director General de Carreteras y el Subdirector General de Concesiones, Arquitectura y Proyectos de 7 de septiembre de 2015, al que antes se ha hecho mención, no existió convocatoria oficial de dichas reuniones, ni orden del día ni se levantó acta, sino que se trataron de reuniones en las que la concesionaria tomó nota.

Avala lo anterior el hecho de que el informe pericial de parte se refiera en todo momento a que las obras que expone que se acordaron en cada reunión son “conforme al acta redactada por Cercanías Móstoles- Navalcarnero”, ignorando este Tribunal si dichas actas fueron suscritas por los diversos intervinientes, dando su conformidad a dichas actuaciones, fundamentalmente, por el representante del órgano contratante, para lo cual se hubiera requerido una prueba más fehaciente ante la contradicción existente entre el requerimiento de 30 de julio de 2014 y las obras ejecutadas, como podía ser la aportación de dichas actas o la citación como testigos de las personas presentes en dicha reunión, máxime cuando la Administración ni redactó el proyecto de las obras de reposición, ni siquiera, lo aprobó ni dirigió dichas obras. Además, resulta contradictorio que si el órgano de contratación estaba conforme con dichas actuaciones de reposición, no aprobase el proyecto de obras cuando le fue remitido.

Asimismo, llama la atención, no solo de este Tribunal sino del perito, que no siendo parte interviniente en el contrato el Ayuntamiento de Móstoles, aún cuando la obra de reposición afectase a dicho municipio, no solo asistiese a todas las reuniones, sino que, según se dice en el informe, es dicho Ayuntamiento quién concretó las actuaciones a realizar y propuso como había que ejecutar las obras, solicitando, entre otras, la prolongación del carril bici o la instalación de pérgolas. En conclusión parece ser que fue el Ayuntamiento de Móstoles, quién, como se dice en el escrito de conclusiones de la recurrente, el que desempeñó un papel activo en relación con la determinación de las obras de reposición.

De lo expuesto cabe concluir que el órgano contratante exigió de la concesionaria que las obras de reposición se ejecutaran de forma compatible con la ejecución del resto de las obras de la nueva línea ferroviaria objeto de la concesión, sin embargo las obras realizadas, según la prueba practicada, en gran parte son incompatibles, si bien no existe prueba fehaciente alguna que acredite que fuera la Administración contratante quién ordenase que las obras de reposición se llevaran a efecto en la forma que se hizo, por cuanto que, como ya hemos dicho, ni dicha Administración redactó ni siquiera aprobó el proyecto, ni dirigió la obra. Tampoco existen actas levantadas de las distintas reuniones, salvo las notas tomadas por la concesionaria, que se ignora si llegaron a ser suscritas por los intervinientes.

A la vista de lo expuesto procede desestimar dicha alegación.

OCTAVO.- Solicita, por otro lado, el recurrente la resolución del contrato con base al artículo 240.2 del TRLCAP afirmando la existencia de modificaciones al proyecto que incrementaron más del 20% el coste inicial de las obras y una modificación sustancial del contrato. Para ello se basa en el informe pericial Clothos, donde se dice que las actuaciones del proyecto complementario de obra civil redactado por la empresa AEPO SA, Ingeniero Consultores que se encuentran justificadas ascienden a 39.626.561,90 euros, lo que supone un 13,65% sobre el presupuesto del proyecto constructivo aprobado y el presupuesto del proyecto complementario de instalaciones redactado por la empresa SENER a 18.657.028,60 euros,, lo que implica un 6,43% sobre el presupuesto del proyecto constructivo aprobado, lo que hace un total de 58.283.590,50 euros, que representa un 20,08 sobre el presupuesto constructivo aprobado. A ello añade las obras adicionales del proyecto de integración urbanística de agosto de 2014 (2.423.349,21 euros), que implican un incremento del 0,84% del presupuesto del proyecto constructivo aprobado en 2008, por lo que el incremento total del presupuesto del proyecto aprobado el 28 de agosto de 2008 es del 20,92%.

Frente a ello, el letrado de la Comunidad de Madrid en su contestación a la demanda, argumenta que para que un modificado surta efectos es necesario tramitar un expediente que finaliza por una resolución de aprobación emitida por el órgano competente, formalizándose el contrato administrativo y reajustándose las garantías definitivas (artículo 101 del TRLCAP, 102 del RD 1098/2001 y cláusula 55 del PCAP) y que el único proyecto aprobado por Mintra fue el proyecto de construcción inicial de 2008, sin que exista , por tanto,

proyecto modificado alguno aprobado por Mintra, ni se ha dado instrucciones para ejecutar de dichos modificados, sino solo que se proceda a ejecutar las obras conforme al proyecto de 2008, por lo que no es conforme a derecho la resolución del contrato por dicho motivo, concluyendo señalando que las obras de reposición no constituyen una modificación del contrato sino medidas preventivas ante el mal estado de las obras tras el abandono de las mismas por el concesionario. De forma similar a la expuesta se pronuncia el Ayuntamiento de Móstoles.

La cláusula 55 del PCAP dispone que *“el órgano de contratación, una vez perfeccionado el contrato, podrá introducir modificaciones... de acuerdo con lo previsto en los artículos 101,249.b), 250 y concordantes del TRLCAP”*.

El artículo 240 del TRLCAP dispone que *“1. Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el proyecto por razón de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. El plan económico-financiero de la concesión deberá recoger en todo caso, mediante los oportunos ajustes, los efectos derivados del incremento o disminución de los costes. 2. El concesionario podrá solicitar la resolución del contrato cuando el órgano de contratación imponga modificaciones en la fase de ejecución que incrementen o disminuyan la obra en un porcentaje superior al 20 por ciento del importe total de las obras inicialmente previsto o representen una alteración sustancial del proyecto inicial”*.

Del precepto transcrito se deduce que las modificaciones contractuales no tienen por objeto la subsanación de deficiencias del proyecto inicial sino que responden a “necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”. Por tanto, se requiere tramitar el correspondiente expediente de modificación contractual conforme a lo prevenido en el artículo 101 de TRLCAP y 102 del RGCAP y en el supuesto de que la modificación acordada no supere el 20% el contratista viene obligada a aceptarla, concediendo al concesionario la opción de pedir la resolución del contrato o aceptar la modificación propuesta, para el supuesto de que se supere dicho porcentaje. Se trata de una opción que habrá de ejercitarse antes de aprobarse la modificación del contrato, ya que si no insta en su momento la modificación contractual y lleva a efecto la ejecución del proyecto modificado, no podrá pretender la resolución del contrato por dicho motivo, por cuanto que implícitamente ha optado por el mantenimiento del contrato.

De las cláusulas del PCAP se comprueba que corresponde al concesionario la elaboración del proyecto (cláusula 6 del PCAP) y la construcción de la obra, así como su dirección y control y por ello la cláusula 16 (contenido de las proposiciones) en su apartado 2 (propuesta técnica y económica) sub apartado 1 (sobre 2.1 propuesta técnica) expresa en lo que aquí interesa que el sobre nº 2.1 habrá de contener una descripción detallada de la propuesta de redacción del proyecto, construcción..., para lo cual los licitadores incluirán los documentos que se indican a continuación, mencionando en distintos apartados el organigrama, el proyecto de oferta (que incluirá el programa de realización de las obras y otra documentación relativa a su ejecución(sistema de dirección y control de obras, procedimientos constructivos, plan de autocontrol de calidad, seguridad y salud, idoneidad de los materiales, suministros y equipos...) y el presupuesto, diciendo al respecto que “ *el presupuesto del proyecto de oferta de los licitadores... será igual al del proyecto definitivo, de forma que no podrá sufrir variaciones, salvo las derivadas de ordenes de la Administración*”. La cláusula 30 del PCAP se refiere al proyecto definitivo que deberá presentar el adjudicatario, que será supervisado y aprobado por MINTRA y el apartado quinto de la referida cláusula se refiere a la responsabilidad del concesionario, tanto durante la ejecución como durante la explotación de la obra, por defectos o insuficiencias técnicas del proyecto o por errores materiales, omisiones e infracción de preceptos legales o reglamentarios que él mismo haya incurrido. La cláusula 32 del PCAP se refiere a la ejecución de las obras que será responsabilidad exclusiva del concesionario, quién deberá nombrar un Director de Construcción, un Jefe de Obra y un Coordinador de Seguridad y Salud Laboral, correspondiendo a MINTRA la supervisión, sin que ello suponga reducción de la responsabilidad de concesionario en la Dirección de la obra, que se realizará a su riesgo y ventura, de tal manera que será el concesionario quién tome todas las medidas pertinentes para la correcta ejecución de las obras. Finalmente la cláusula 43 dispone que “*la totalidad del contrato de concesión en sus aspectos de Proyecto, construcción, explotación, conservación y financiación, se desarrolla a riesgo y ventura del concesionario. En particular..., no se derivarán en ningún caso responsabilidades para MINTRA... respecto a: a) defectos, insuficiencias, errores, omisiones o incumplimientos en el proyecto*”.

Por su parte la cláusula 27.5 establece que “*cuando como consecuencia de la modificación del contrato, experimente variación el presupuesto de las inversiones, se*

reajustará la garantía en el plazo de 15 días naturales, contados desde la fecha en que se notifique al concesionario el acuerdo de modificación...”.

De lo expuesto se deduce que se desarrolla a riesgo y ventura del concesionario, la redacción del proyecto de construcción, la dirección de las obras y su ejecución, limitándose MINTRA a aprobar el proyecto definitivo y una labor de supervisión de los trabajos, sin que se deriven responsabilidades para MINTRA por defectos, insuficiencias, errores, omisiones o incumplimientos en el proyecto, salvo que introduzca modificaciones en el proyecto por razón de interés público, que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas. Para lo cual deberá tramitar el correspondiente expediente con todos y cada uno de los trámites exigidos por la normativa reguladora en la materia.

La pericial de parte se refiere a un proyecto complementario de obra civil y un proyecto complementario de instalaciones, que ascienden a un total de 58.283.590,50 euros, lo que representa un 20,08 sobre el proyecto definitivo constructivo aprobado por MINTRA el 28 de agosto de 2008, por cuantía de 290.212.962,69 euros. Dichos proyectos complementarios, según se dice en la demanda son de febrero de 2009 y aunque se presentaron a MINTRA no fueron aprobados por dicho organismo.

Ahora bien, este Tribunal ignora las razones o motivos que llevaron a la concesionaria a la redacción de dichos proyectos, esto es si se debió a necesidades nuevas o causas imprevistas, o por el contrario, a errores o insuficiencias en el proyecto definitivo. Según el dictamen de parte se incluían actuaciones adicionales surgidas durante la ejecución de la obra y a la pregunta de si en la memoria del proyecto de construcción aprobado por MINTRA el 28 de agosto de 2008, se enumeraba hasta 14 actuaciones no incluidas en dicho proyecto pero que debían contemplarse en proyectos posteriores, siendo todas ellas necesarias para la ejecución de la línea ferroviaria, el perito contesta afirmativamente. También se le pregunta si los proyectos obedecieron a necesidades sobrevenidas o a una falta de previsión a la hora de elaborar el proyecto, contestando que ignora cuales fueron las circunstancias. Asimismo ignora si las partidas excluidas debieron tenerse en cuenta en el proyecto originario o si su inclusión resultaba imprevisible en aquel momento.

A ello debe añadirse, que el único proyecto aprobado por MINTRA es el proyecto definitivo de 28 de agosto de 2008, que no consta que se haya incoado expediente alguno de modificación contractual por necesidades nuevas o causas imprevistas, con aprobación por el órgano competente, formalización del contrato y reajuste de las garantías definitivas, ni tampoco ha sido acreditado que el órgano de contratación haya dado instrucciones precisas con el objeto de realizar las obras a que se refiere dichos proyectos complementarios, sino que, por el contrario, existe informe de la Dirección General de Carreteras e Infraestructuras en el que dice que si el concesionario ha incurrido en costes superiores a los inicialmente previstos, debido a sus propias relaciones contractuales (política de subcontratación), a la decisión de utilizar nuevos medios y materiales en las obras, o a defectos o insuficiencia del proyecto definitivo, ello forma parte de su riesgo y ventura, sin que sea reconducibles a modificaciones que sean causa para resolver el contrato, añadiendo que no consta en ninguna de las actas de obra levantadas que MINTRA haya autorizado o impuesto modificaciones al proyecto, ni ha reconocido de alguna forma la necesidad de efectuar tales modificaciones, sino que, por el contrario, en todo momento ha requerido al concesionario para que ejecute las obras conforme al proyecto aprobado en 2008.

En cuanto a las obras de reposición no constituyen una modificación del contrato inicial, sino que tenían por objeto resolver la situación creada de peligro para las personas y cosas por la paralización de las obras en enero de 2010, como ya hemos expuesto anteriormente.

Finalmente debe señalarse que, en los casos de modificación del contrato, el derecho de opción del contratista, en los supuestos de aumento o disminución en más del 20% del presupuesto inicial, ha de ejercitarse con anterioridad a su ejecución, por cuanto que si las obras han sido ya realizadas hay una conformidad tácita con la modificación contractual, por lo que carece de sentido solicitar la resolución del contrato con base a dicho motivo.

A la vista de lo razonado procede desestimar dicha alegación.

En consecuencia, con lo expuesto procede desestimar el recurso confirmando la resolución impugnada, dado que no procede acordar la resolución del contrato de concesión de obra pública por los motivos alegados y, en consecuencia, la falta de resolución del

contrato que nos ocupa impide pronunciarse sobre la indemnización solicitada, tanto la prevista en el artículo 266 apartado primero del TRLCAP (el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de los terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes necesarios para explotación de la concesión, teniendo en cuenta su grado de amortización y lo establecido en el plan económico financiero) como la prevista en el apartado tercero (en los supuestos de los párrafos g), h) e i) del artículo 264 y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado primero de este artículo, la Administración indemnizará al concesionario de los daños y perjuicios que se le irroguen, para lo cual tendrá en cuenta los beneficios futuros dejados de percibir y a la pérdida de valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas a aquélla).

Finalmente, la recurrente solicita se le abone 27.769.278,57 euros, que corresponden, por un lado, a cantidades por actuaciones complementarias fuera de proyecto, (18.248.770 euros, que incrementados con el 21% (3.832.241,7 euros) nos da la cantidad de 22.081.011,7 euros) y por otro, a obras ejecutadas como actuaciones de reposición por cuantía de 4.701.047 euros (4.628.246,97 en obra y 72.800 de proyecto), a lo que añade el 21% (987.219,87 euros) lo que da un importe de 5.688.266,87 euros, con base en la doctrina del enriquecimiento sin causa. Sobre dicha pretensión no procede hacer pronunciamiento alguno por tratarse de una pretensión nueva que no había sido formulada previamente en vía administrativa.

NOVENO.- Procede hacer expresa imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente al haber sido desestimadas todas sus pretensiones, conforme a lo prevenido en el artículo 139 de la LJCA; si bien, como permite el apartado tercero del citado artículo se limita su cuantía a la cantidad de 6.000 euros, mas IVA.

Vistos los preceptos citados y demás de general y concordante aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil Cercanías Móstoles-Navalcarnero, S.A., confirmando la resolución administrativa impugnada por ser conforme a derecho; con expresa imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente, en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2608-0000-85-0921-15 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo “concepto” del documento Resguardo de ingreso que se trata de un “Recurso” 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta expediente 2608-0000-85-0921-15 en el campo “Observaciones” o “Concepto de la transferencia” y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado ponente en el día de la fecha, mientras se celebraba audiencia pública en la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de lo que doy fe.