

Dictamen nº: **376/19**
Consulta: **Alcalde de Parla**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **03.10.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 3 de octubre de 2019, sobre la consulta formulada por el alcalde presidente del Ayuntamiento de Parla a través de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de interpretación de la cláusula 38.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato de concesión de obra pública para la construcción, mantenimiento y explotación del Tranvía de Parla suscrito con la entidad Tranvía de Parla, S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 10 de julio de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen referida al expediente de interpretación citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 343/19, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora,

aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 3 de octubre de 2019.

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

1º.- El 14 de diciembre de 2004, el Pleno del Ayuntamiento de Parla acuerda:

“1º) Aprobar la encomienda de gestión al Consorcio Regional de Transportes Públicos regulares de Madrid para que de conformidad a la Ley 5/85 de creación del mismo proceda a la tramitación y resolución del expediente de concesión para la Construcción, Mantenimiento y Explotación de la Línea 1 del Tranvía de Parla.

2º) Aprobar la propuesta de cláusulas administrativas particulares para la licitación pública de la concesión para la Construcción, Mantenimiento y Explotación de la Línea 1 del Tranvía de Parla.

3º) Que se remita este acuerdo así como la propuesta de cláusulas administrativas particulares al Consorcio Regional de Transportes”. (Anexo 1 del expediente).

2º.- El Pliego de Cláusulas Administrativas que rige el contrato (en adelante, PCAP) dedica el Capítulo V al régimen económico del contrato. Dentro de dicho capítulo, la cláusula 37, bajo el título “*equilibrio económico de la concesión*” establece que, en los supuestos en los que proceda, el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión se

realizará mediante alguna de las siguientes medidas: modificación de las tarifas establecidas; ampliación o reducción del plazo concesional dentro de los plazos legalmente permitidos; permitiendo aprovechamientos comerciales, de alquiler de espacios, publicidad o de otro tipo adicionales a los concedidos y autorizados; cualquier otra modificación de las cláusulas de contenido económico del pliego, y la combinación de alguna de las anteriores medidas.

Por su parte, la cláusula 38 del PCAP, “Aportaciones de la Administración y retribución del concesionario”, expresa:

“38.1 Retribución del concesionario.

La retribución del concesionario será la determinada por las subvenciones, tarifas a cobrar a los usuarios y aportaciones que realizará la Administración, según las condiciones definidas en el presente Pliego. Además, el concesionario tendrá derecho a percibir los ingresos derivados de la explotación de servicios comerciales complementarios. Además a partir del sexto año de explotación el concesionario tendrá derecho al ingreso generado por la recaudación de billeteaje.

En general, la retribución total al concesionario durante la explotación vendrá dada por:

Ingresos totales = Billeteaje + Aportaciones administración + Ingresos complementarios = B + A + IC.

Y a su vez:

Ingresos totales = Billeteaje + Aport. por Inversión + Aport. por explotación + Ingresos complementarios.

La estructura y forma de ingresos varía en dos periodos temporales:

- *Años 1 a 5 de explotación desde la entrada en servicio del total de la línea1;*

No se tendrán en cuenta la componente del billeteaje. La componente de explotación se dará en función de los trenes-km producidos en el sistema:

*Ingresos totales = AI + AE + 0,25*1C , siendo:*

- *AI: Aportación por Inversión. Variable a ofertar como una cantidad fija a lo largo de la concesión. Considera un pago aplazado de la inversión realizada y los gastos de financiación que implica la misma.*

- *AE = Aportación por Explotación:*

*T_{pmmi}*Pr*

Donde:

T_{PMMi}: es la tarifa de equilibrio unitaria por tren-km expresado en (euros/tren-km). Variable a ofertar, indexada al año i, a partir del primer año de concesión. Los licitadores deberán ofertar la tarifa técnica para el primer año (en valor año 2005) y el factor de actualización (definido como % sobre IPC anual, excepto los costes de personal que se actualizarán según el Convenio Colectivo) al que se efectuará la actualización de la misma cada año a lo largo de la concesión. Este factor no podrá ser superior al 100%.

Pr: es el tráfico de trenes realmente puestos en servicio expresado en tren-km. Con una capacidad de regulación por parte de la administración de más menos 15% a nivel anual, respecto del que oferte la concesionaria.

- *IC: Ingresos complementarios*

- *Años 6 a fin de la concesión*

*Ingresos totales = $A_1 + A_E + 0,25 * I_C$, siendo:*

- *A₁: Aportación por Inversión. Variable a ofertar. Se trata del mismo parámetro que para los años 1 a 5.*

- *A_E: Aportación por Explotación. Cubre los gastos de explotación del servicio exclusivamente. El ingreso total por este concepto incluye el billeteaje de los usuarios y la tarifa de equilibrio:*

*$A_E = T_{ei} * DR - 0,75 * I_C$, siendo:*

DR = Demanda real de viajeros.

T_{ei} = Tarifa de equilibrio por viajero, indexada al año i, a partir del año 5 de concesión. Los licitadores deberán ofertar la tarifa técnica para el primer año (en valor año 2005) y el factor de actualización (definido como o/o sobre IPC anual, excepto los costes de personal que se actualizarán según el Convenio Colectivo) al que se efectuará la actualización de la misma cada año a lo largo de la concesión. Este factor no podrá ser superior al 100%.

- *I_C: Ingresos complementarios”.*

3°.- El 22 de agosto de 2005, previa licitación, el Ayuntamiento de Parla, el Consorcio Regional de Transportes de la Comunidad de Madrid (en adelante, CRTM) y la sociedad Tranvía de Parla, S. A. (en adelante, sociedad concesionaria) formalizan el contrato de concesión de obra pública para la construcción, mantenimiento y explotación de la línea 1 del tranvía de Parla, en el que se incluyen como prestaciones anejas, la redacción del proyecto de construcción y la adquisición del material móvil, por un plazo de concesión de 40 años “hasta el 23 de agosto de 2045, momento en el cual operarán las cláusulas del PCAP que se

refieren a la entrega del servicio por parte de la concesionaria a la Administración sin perjuicio de lo previsto en la cláusula 45.1 párrafo segundo del PCAP”.

Respecto al sistema retributivo la cláusula cuarta del contrato, recoge: *“El sistema de retribución del concesionario es el contemplado en la cláusula 38 del PCAP y los términos de la oferta. En todo caso, la retribución prevista por Tren/km durante los cinco primeros años de explotación no podrá extenderse bajo ninguna circunstancia más allá del 30 de junio de 2012”.*

En cuanto a derechos y obligaciones de las partes, la cláusula octava del contrato se remite a lo previsto en el Capítulo IV del PCAP y a la oferta económica.

Según la cláusula novena del contrato: *“El pliego de cláusulas administrativas y particulares y el pliego de condiciones técnicas forman parte del presente contrato a todos los efectos, ya que de conformidad con la cláusula 21.1 el concesionario firma en este acto ambos pliegos, que junto con el contenido de su oferta y el proyecto de construcción y plan de explotación que se apruebe revisten carácter contractual”.*

Figuran como anexos 2, 3, 4 y 5 del expediente examinado: un documento titulado *“resumen oferta económica-caso base”*, el PCAP, el contrato formalizado el 22 de agosto de 2005 y el convenio regulador de las condiciones de financiación de los gastos de explotación del Tranvía de Parla firmado el 25 de octubre de 2004 por el Ayuntamiento de Parla y el CRTM.

4º.- El 30 de junio de 2016 el Pleno del Tribunal de Cuentas aprueba el informe de Fiscalización del Desarrollo, Mantenimiento y Gestión del Tranvía de Parla.

Interesa destacar del citado informe:

“II.2.4. Aportación a la explotación

La aportación a la explotación consiste en un coste que sufraga la Administración, calculado por la diferencia entre la tarifa técnica ofertada por la sociedad concesionaria y el precio de los viajes, fijado por el CRTM. Esta diferencia, denominada déficit de explotación, de conformidad tanto con el PCAP como con el convenio suscrito entre el CRTM y el Ayuntamiento de Parla el 25 de octubre de 2004, se financiaría a partes iguales entre ambas entidades.

El convenio indicado regula “la financiación de los desequilibrios que se produzcan entre los gastos de explotación y los ingresos por tarifas” y considera que entre los gastos de explotación “se incluyen tanto los gastos operativos como la amortización del material móvil, en los plazos previstos en el concurso de la concesión”. Por su parte, el PCAP del contrato de concesión incluyó el material móvil como gasto a financiar a través de la subvención de capital y de la aportación a la inversión, aportaciones ambas a cargo exclusivamente del Ayuntamiento. Por lo tanto, no concuerdan el convenio y el PCAP en este punto relativo a la financiación del material móvil.

El PCAP establece dos sistemas para el cálculo del déficit de explotación:

- Años 1 a 5 de la concesión: la retribución a favor del concesionario se determina en función del número de trenes puestos en servicio, con independencia del número de viajeros.*
- Años 6 en adelante: la retribución se fija en función del número de viajeros.*

Déficit de explotación desde junio de 2007 hasta mayo de 2012 (años 1 a 5 de la concesión).

De acuerdo al número de trenes puestos en servicio, a los km recorridos durante los cinco primeros años de explotación del tranvía, a la actualización de la tarifa técnica ofertada por el concesionario (8 € km-tren a precios de 2005) y a la recaudación por billeteaje, el déficit real de cada ejercicio fue el siguiente:

(...)

Aun cuando, como se ha expuesto, este déficit debía haberse soportado al 50% entre el CRTM y el Ayuntamiento, la situación fue la que se expone en el cuadro siguiente (...):

Las diferencias entre lo soportado por una y otra Administración resultan de las siguientes circunstancias:

1ª. Indebidamente, el CRTM no consideró que le fuese de aplicación directa la cláusula 38.4 del PCAP, que establece que la aportación de la Administración al concesionario durante la explotación del servicio se realizaría de forma distinta según dos períodos establecidos por el PCAP para el cálculo del déficit de la explotación. Desde el año 1 el CRTM calculó la parte del déficit que le correspondía soportar en función del número de viajeros, en lugar de hacerlo en función del km-tren puestos en servicio, no aportando en los 5 primeros años del servicio un total de 5,93 millones de € por déficit de explotación, de acuerdo a los siguientes cálculos: (...)

2ª. La cuantía que soportó el Ayuntamiento por el déficit de explotación se detalla en el siguiente cuadro: (...)

El Ayuntamiento soportó 16,7 millones de € en este periodo. De esta cantidad, 5,93 millones de € correspondían al defecto de la aportación de que el CRTM era responsable. El Ayuntamiento admitía los cálculos que le presentaba la sociedad concesionaria, que partía del déficit de explotación total al que deducía el déficit soportado en lugar del CRTM y la diferencia la cargaba en factura al Ayuntamiento, sin que este efectuase revisiones ni del sistema empleado ni de los cálculos realizados.

En relación con el exceso por actualización, debe indicarse:

- La sociedad concesionaria actualizó la tarifa aplicando factores de actualización superiores al 100% de la variación del IPC, cuando había ofertado un factor de actualización del 100%. Esta sociedad se fundamentó en una incorrecta interpretación de la cláusula 38.1 del PCAP que regulaba el sistema de actualización de la tarifa técnica. En dicha cláusula se indica textualmente que el factor de actualización está “definido como un porcentaje sobre el IPC anual, excepto los costes de personal que se actualizarían según convenio colectivo [...] este factor no podrá ser superior al 100%”.

- La sociedad concesionaria actualizó la tarifa técnica calculando un factor de actualización mixto entre la variación del IPC y el incremento de los costes de personal, ponderándose uno y otro a razón de 55,1% - 44,9%, respectivamente (salvo los años en los que no había personal o no hubo incremento de personal, en los que se aplicó el 100 % de la variación del IPC). (...)

- La sociedad concesionaria ha aplicado en los cálculos de la actualización de la tarifa técnica en los años 2010, 2011 y 2012 unos incrementos por el componente salarial del 3,73%, el 6,06% y el 6,45%, respectivamente, que son superiores a los previstos en el convenio colectivo de la sociedad, publicado en el BOCM de 8 de

agosto de 2010, donde se fijan aumentos para las categorías laborales más favorecidas de un 3,5% para 2010 y de un 4% para 2011 y 2012.

- Como resultado de aplicar un factor superior al de la variación del IPC, las tarifas por km/tren recorrido que se aplicaron fueron mayores de las que hubieran correspondido de haberse actualizado debidamente de conformidad con el PCAP, dando como resultado una aportación excesiva (...).

Déficit de explotación desde junio de 2012 hasta diciembre de 2014 (a partir del sexto año de la concesión).

A partir del sexto año de la concesión, el déficit de explotación se calculaba en función del número de viajeros, también financiado al 50% entre el CRTM y el Ayuntamiento. De acuerdo a las validaciones de títulos, a las actualizaciones de las tarifas y al billeteaje recaudado, el déficit de explotación real de cada ejercicio fue el siguiente: (...).

b) Exceso de actualización:

- Comoquiera que la sociedad concesionaria actualizó la tarifa aplicando factores de actualización superiores al 100% de la variación del IPC, la tarifa técnica por viajero que comenzó a aplicarse a partir de junio de 2012 fue mayor de la que habría correspondido en aplicación del PCAP. Los incrementos practicados, puestos en relación con el IPC aplicable en los tres últimos ejercicios, fueron los siguientes:

- La sociedad concesionaria ha aplicado en los cálculos de la tarifa técnica en los años 2013 y 2014 un factor de actualización del 100% de la variación del IPC, como consecuencia de que en la disposición adicional primera del convenio colectivo para 2013-2015, publicado

en el BOCM de 31 de agosto de 2013, se acordó mantener un incremento salarial cero durante toda la vigencia del mismo. Este método de cálculo no guarda coherencia con el aplicado en años anteriores, ya que, de haber utilizado el mismo sistema, hubiera debido aplicarse un factor de actualización del 55,1% y los incrementos hubieran sido del 1,6% y el 0,17%, respectivamente, para 2013 y 2014. Tampoco consta que el Ayuntamiento haya revisado los métodos de cálculo aplicados por la sociedad concesionaria a la facturación de los déficits de explotación durante este periodo.

- Como resultado de utilizar un factor de actualización superior al 100% de la variación del IPC acumulado desde 2007, las tarifas que se aplicaron por viajero en cada ejercicio fueron superiores a las que hubieran correspondido, dando como resultado una aportación excesiva (...).

5º.- A la vista del citado informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas, el 23 de diciembre de 2015 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla en sesión extraordinaria y urgente adopta el siguiente acuerdo:

“1.- Reconocer la existencia de un exceso de déficit por actualización superior al IPC desde junio de 2007 hasta octubre de 2015, por importe de 2.165.984,54 euros.

2.- Compensar la cantidad de 2.165.984,54 euros mediante la deducción con las deudas generadas de las aportaciones la explotación que el Ayuntamiento tiene reconocido en la contabilidad municipal a favor de la sociedad anónima TRANVÍA DE PARLA gestora del proyecto o que pueden reconocerse en el futuro si aquella cantidad fuera superior. La compensación se practicará atendiendo a la fecha de reconocimiento de la obligación en la contabilidad

municipal, aplicándose sobre las deudas o cuentas a pagar con la sociedad TRANVÍA DE PARLA, más antiguas.

3.- Poner en conocimiento a la sociedad que el criterio de interpretación válido para la cláusula 38.1 del PCAP es el que determina el Tribunal de Cuentas por lo que el factor de actualización no podrá ser superior a la aparición del IPC anual aplicable y el valor monetario sobre el que se aplicará este límite a partir del siguiente año será 1,1000137 que es el último aprobado por la Consejería de Transporte de la CCAA de Madrid”.

El citado acuerdo fue recurrido por la entidad concesionaria y anulado por Sentencia firme de 6 de octubre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 26 de Madrid, al estimarse el recurso por falta de audiencia de la recurrente.

6º.- El 23 de noviembre de 2017 la Junta de Gobierno Local acordó iniciar un expediente contradictorio de interpretación de la cláusula 38.1 del PCAP.

Se recabó el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora que en su Dictamen 157/18 de 5 de abril concluyó que procedía retrotraer las actuaciones para otorgar trámite de audiencia al CRTM y una vez conferido el trámite, se formulara la correspondiente propuesta de resolución.

El 19 de abril de 2018 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla declaró la caducidad del procedimiento.

7º.- El 14 de junio de 2018 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla inició un nuevo procedimiento para la interpretación de la cláusula 38.1 del PCAP.

En el Dictamen 464/18, de 24 de octubre, esta Comisión Jurídica Asesora concluyó que procedía la retroacción del procedimiento para otorgar audiencia a la entidad concesionaria y al CRTM y una vez cumplimentado se formulara la correspondiente propuesta de resolución.

No consta en la documentación examinada la declaración de caducidad del procedimiento.

8º.- El 23 de mayo de 2019 la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla acuerda:

“1.- Notificar a los interesados, Tranvía de Parla, SA y Consorcio Regional de Transportes de Madrid, que se da inicio al procedimiento de interpretación de la Cláusula 38.1 del PCAP que rige el Contrato Administrativo de Concesión de Obra Pública para la Construcción, Mantenimiento y Explotación de la Línea 1 del Tranvía de Parla manteniendo esta Administración que la correcta interpretación de lo contenido en la cláusula 38.1 del PCAP en cuanto al factor de actualización es que la cláusula no dispensa un tratamiento diferenciado a los costes de personal del resto de costes empleados en el cálculo de la actualización, por lo cual el factor de actualización aplicable anualmente a la tarifa no puede ser superior al IPC anual.

2,- Notificar a los interesados la apertura del trámite de audiencia por plazo de cinco días hábiles para que formulen cuantas alegaciones convenga a su derecho, con indicación expresa de que si no se presentara alegación alguna se entenderá que no manifiesta su oposición a la interpretación de la cláusula 38.1 del PACP mantenida por el Ayuntamiento de Parla”.

El 31 de mayo de 2019 la entidad contratista formuló alegaciones en las que tras exponer los antecedentes del expediente, manifestó su oposición al criterio interpretativo del Ayuntamiento de Parla al entender que la tarifa técnica es una variable a ofertar por el licitador que comprende, los costes de personal y los restantes de explotación, y se actualiza, anualmente, con arreglo al factor de actualización ofertado por el licitador *“que debe consistir en un porcentaje sobre IPC anual, sin superar el 100%, exceptuando los costes de personal que imperativamente se actualizarán según el convenio colectivo, como literalmente se establece en el PCAP (...) Por tanto, la referencia que se contiene en la cláusula a que el factor no puede sobrepasar el 100 por 100 del IPC anual, hay que entenderla referida al resto de costes, no, en cambio, a los costes de personal, cuya actualización –por disposición de la propia cláusula- se establece al margen del IPC”*. Hace referencia, a que la interpretación que propugna ha sido pacífica puesto que el propio Ayuntamiento de Parla la habría mantenido desde el inicio de la ejecución del contrato y menciona un informe de la Intervención del Ayuntamiento de Parla de 21 de abril de 2015 que adjunta en el que se muestra la conformidad de la Intervención municipal a la actualización de la tarifa técnica comunicada por la concesionaria, aprobada por la Junta de Gobierno Local de 28 de mayo de 2015. Considera, que la Administración no puede ir en contra de sus propios actos y ad cautelam, alega; que por prescripción, en ningún caso sería exigible reclamar a la concesionaria un supuesto déficit por exceso de facturación por el periodo comprendido entre enero de 2008 y diciembre de 2015 y que el Ayuntamiento de Parla debería proceder al abono de las facturas complementarias en concepto de aportación por explotación emitidas por la concesionaria desde el año 2016.

El 5 de junio de 2019 el director gerente del CRTM comunica por escrito, que no formula alegaciones.

El 7 de junio de 2019 el viceinterventor informa en sentido desestimatorio las alegaciones presentadas por la entidad concesionaria. En su informe manifiesta que la fórmula para el cálculo empleada por la concesionaria hace innecesaria la última frase de lo recogido al respecto en la cláusula controvertida, pues entiende que *“el mismo resultado se obtendría si esta frase “este factor no podrá ser superior al 100%” no existiese. Sostiene, que el factor de actualización previsto en el pliego tiene carácter limitativo “por el cual en ningún caso habrá de superarse el 100% del IPC” y considera que dicho planteamiento se refrenda en “el cuadro resumen de características del contrato (Anexo I del PCAP) que señala en su punto I, en cuanto a la revisión de precios, que esta será “IPC con el factor definido por el licitador que no podrá ser superior al 100%”. Respecto a la prescripción ad cautelam invocada por la concesionaria, tras afirmar que “en ningún momento de este procedimiento se han realizado reclamaciones económicas a la concesionaria”, entiende que tratándose de incidencias surgidas en la ejecución del contrato y estando este aun en vigor “no ha prescrito el plazo para las reclamaciones económicas que pudieran realizarse y que reiteramos habrían en todo caso ser objeto de otro procedimiento administrativo distinto de este”. Finalmente expresa que “desde el mes de enero de 2016 Tranvía de Parla ha venido emitiendo en concepto de aportación a la explotación dos facturas mensuales una recogiendo las cantidades según la aplicación de la tarifa de equilibrio aprobada anualmente por la JGL y otra por la diferencia de este importe con el resultante de la utilización de la tarifa propugnada por la concesionaria. Estas últimas facturas, complementarias, han sido rechazadas por el Ayuntamiento de Parla y actualmente se encuentran reclamadas en vía judicial estando este procedimiento sub judice”.*

El 12 de junio de 2019 emite informe jurídico la secretaria general accidental en el que tras una breve referencia a los antecedentes se limita a informar del procedimiento de interpretación a seguir.

El mismo día, 12 de junio de 2019 la Junta de Gobierno Local acuerda:

“1.- La desestimación de las alegaciones formuladas por la concesionaria Tranvía de Parla S.A.

2.- La aprobación de la propuesta de resolución del expediente contradictorio de interpretación de la cláusula 38.1 del PCAP que rige el Contrato de Concesión de Obra Pública para la Construcción, Explotación y Mantenimiento de la Línea 1 del Tranvía de Parla declarando que la correcta interpretación de esta cláusula es, en cuanto al factor de actualización, que la cláusula 38.1 del PCAP no dispensa un tratamiento diferenciado a los costes de personal del resto de costes empleados en el cálculo de la actualización, por lo cual el factor de actualización aplicable anualmente a la tarifa no puede ser superior al IPC anual.

3.- Habiéndose producido oposición al expediente por parte de la Contratista procede solicitar la emisión de dictamen al respecto por parte de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid conforme a lo establecido en el artículo 191.3 de la LCSP y artículo 5.3f) e. de la Ley 7/2015 de 28 de diciembre de supresión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, suspendiéndose el plazo para adoptar la resolución definitiva en tanto no se emita el dictamen por el órgano consultivo”.

El acuerdo se comunica a los interesados.

El 2 de agosto de 2019 se recibe en el registro de esta Comisión Jurídica Asesora documentación acreditativa de la comunicación a los interesados de la solicitud de dictamen a este órgano consultivo.

En dicho estado del procedimiento se solicitó informe a esta Comisión Jurídica Asesora.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora, emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual:

“3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los siguientes asuntos: (...) f) expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre (...) d. Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”.

La consulta se solicita por el alcalde presidente del Ayuntamiento de Parla a través de la Vicepresidencia, Consejería de Presidencia y Portavocía del Gobierno, órgano legitimado para ello, al amparo del artículo 18.3.c) del ROFCJA.

SEGUNDA.- Tal como se indicara en los Dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, 157/18, de 5 de abril y 464/18, de 24 de octubre, dada la fecha de adjudicación del contrato, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria primera 2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen

al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17): *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*, en cuanto al fondo del asunto, resulta de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP).

Por lo que se refiere a la normativa aplicable al procedimiento de interpretación de contratos, esta Comisión Jurídica Asesora tal y como tiene señalado en numerosos dictámenes, viene dada por la vigente en el momento de su inicio, en este caso el 23 de mayo de 2019, lo que supone la aplicación de la ya citada LCSP/17.

En particular, hay que estar a lo dispuesto en su artículo 191, apartados 1 y 3 a), que establecen, respectivamente, la necesidad de dar audiencia al contratista y el carácter preceptivo del informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma cuando en la interpretación del contrato se formule oposición por parte del contratista. Esta última exigencia se concreta, en cuanto al ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, en el artículo 5.3 f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre.

En el ámbito de la Administración local, el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en lo sucesivo, TRRL), establece como necesarios -con carácter previo al acuerdo del órgano de contratación en el procedimiento de interpretación del contrato- los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (artículo 114.3).

En el caso que nos ocupa, el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora resulta preceptivo, al haberse formulado oposición del contratista. Esta exigencia, como veíamos anteriormente, se concreta en el artículo 5.3.f).d de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, para los expedientes de interpretación contractual que tramite la Administración municipal.

En el caso sujeto a dictamen, la audiencia del contratista, como hemos visto en antecedentes, se produjo tras el acuerdo de inicio del procedimiento en el que se manifestaba la interpretación propugnada por la entidad local. Con posterioridad, se emitieron informes por la Secretaría y por la Intervención del Ayuntamiento de Parla pero, en la medida en que dichos informes no hacen sino incidir en la interpretación propuesta por el órgano de contratación sin introducir cuestiones o hechos nuevos, no se entiende producida indefensión al contratista.

Sin perjuicio de lo anterior, hubiera sido deseable que el informe emitido por la Secretaría del Ayuntamiento se hubiera pronunciado, no solo sobre la procedencia o no de recabar el dictamen del Consejo Consultivo, sino también sobre el fondo de la controversia suscitada, dado el carácter jurídico de ésta.

Respecto al plazo en el que debe resolverse el expediente de interpretación del contrato, puesto que la legislación de contratos no establece un plazo específico, resulta de aplicación el plazo general de tres meses previsto en el artículo 21.3 de la LPAC, si bien, el transcurso del plazo para resolver podrá suspenderse cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe -art. 22.1.d) de la LPAC-, en cuyo caso se exige, la comunicación a los

interesados, no solamente de la solicitud de informe, sino también de la recepción de los mismos.

En este caso, se observa, que el procedimiento de interpretación del contrato se inició mediante el acuerdo de 23 de mayo de 2019 y se hizo uso de la facultad de suspensión en solicitud del dictamen a este órgano consultivo mediante el acuerdo de 12 de junio de 2019, lo que se comunicó a los interesados, por lo que a la fecha de emisión del presente dictamen, el procedimiento no se encuentra caducado.

Finalmente, en cuanto a la competencia para la aprobación del acuerdo interpretativo sometido a consulta, si bien esta Comisión en su Dictamen 157/18 manifiesto que desconocía la posible existencia de fórmulas de colaboración entre el Ayuntamiento de Parla y el CRTM al no haberse incorporado al expediente remitido documentación al respecto, lo que impedía su determinación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 31 de julio de 2014 (recurso 727/2014) ha expresado al respecto: *“De tales documentos es claro, a nuestro juicio, que el Ayuntamiento de Parla, únicamente realizó una encomienda de gestión a favor del Consorcio para que tramitara y resolviera el expediente de concesión conservando el Ayuntamiento la titularidad del Tranvía de Parla, así como de sus infraestructuras, y la obligación de financiar las inversiones de las obras, las instalaciones y de la primera adquisición de material móvil, no asumiendo el Consorcio obligación económica alguna excepto la de aportar el 50% de la diferencia entre los gastos de explotación y los ingresos por tarifas y por otros conceptos comerciales.*

La encomienda de gestión, es un principio de organización administrativa que se regula en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en virtud del cual y en lo que ahora importa una Administración encomienda a otro sujeto (entidad), de la misma o de distinta Administración, la realización de actividades de carácter

material, técnico o de servicios sin que ello suponga la cesión de la titularidad de competencias ni de los elementos sustantivos de su ejercicio siendo competencia de la entidad encomendante la de dictar cuantos actos o disposiciones de carácter jurídico den soporte o en los que se integre la actividad material a realizar por el ente encomendado, en este caso la actividad encomendada ha sido la tramitación y resolución del expediente de concesión. La recurrente no puede alegar desconocimiento de tal situación ni que los convenios, encomiendas y otros acuerdos adoptados por dos administraciones públicas, no pueden oponerse al contratista, por cuanto que en la convocatoria del concurso realizada por el Consorcio de Transportes de Madrid se expresa con claridad que tal convocatoria se realiza en el ejercicio de las competencias atribuidas en el art. 1 b) de la ley 5/1985 de 16 mayo de la Comunidad de Madrid, actuando por encomienda de gestión realizada por el Pleno del Ayuntamiento de Parla, con el objeto de la selección del concesionario para la construcción y explotación de la Línea 1 del sistema de transporte tranviarios de Parla-Tranvía de Parla (...).

Sentado lo anterior y aunque tales documentos se refieran al Consorcio como "Administración contratante" u "órgano de contratación", es evidente que no lo es (...)".

Así pues, a la vista de la citada sentencia, del acuerdo municipal adoptado por mayoría absoluta el 14 de diciembre de 2004 (anexo 1 del expediente) y del Acuerdo de 6 de abril de 2006, del Pleno de la Asamblea, por el que se incluye el municipio de Parla en el ámbito de aplicación de Régimen de Organización de los Municipios de Gran Población, corresponde a la Junta de Gobierno Local la competencia para la resolución del procedimiento de interpretación que nos ocupa, en virtud de lo dispuesto en el apartado 4 de la disposición adicional 2^a de la LCSP/17, que especifica que en los municipios de gran población, a que se refiere el art. 121 de la LRBRL, estas competencias las ejerce la

Junta de Gobierno Local, con independencia del importe del contrato o su duración.

TERCERA.- Analizados los aspectos formales de la interpretación del contrato, se ha de examinar ahora la propuesta de resolución remitida a esta Comisión.

La potestad de interpretar los contratos por razones de interés público se integra dentro de las prerrogativas de la Administración Pública, según se deduce de la enumeración que realiza el artículo 59.1 del TRLCAP. Sin embargo, como tiene señalado esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en sus Dictámenes 109/16, de 19 de mayo y 256/17, de 22 de junio, esa prerrogativa no se debe ejercer de una manera incondicionada o absoluta, sino *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”*.

También se expuso en aquellos dictámenes, al igual que en ocasiones precedentes el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (por ejemplo, en el Dictamen 130/09), que la facultad de interpretar los contratos administrativos que ostenta la Administración contratante gozaba, conforme a la jurisprudencia tradicional, de una presunción de acierto en tanto no se demostrase que era errónea, pero la evolución jurisprudencial, en un sentido más razonable y equitativo, ha llevado a sostener que la Administración, al llevar a cabo dicha interpretación contractual, ha de someterse a los criterios interpretativos contenidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, aplicables también respecto de los contratos administrativos, tal y como resulta del orden de fuentes contemplado en el artículo 7 del TRLCAP.

En este sentido, el Tribunal Supremo, ha precisado que el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, ya que responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho Civil, lo que permite invocar -con carácter supletorio- los principios establecidos en el Código Civil. Tal es la

doctrina asumida explícita o implícitamente por numerosas sentencias, que aplican dichos criterios en el ámbito de la contratación administrativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1999, 12 de julio de 2005, 6 de abril de 2006, 19 de junio de 2007 y 1 de marzo de 2017, entre otras).

La labor interpretativa debe atender fundamentalmente a la voluntad manifestada por las partes en el contrato administrativo que las vincula y al contenido de los pliegos que se asumen como contenido contractual, en los que se concretan los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones asumidos por las partes (artículo 49.1 del TRLCAP). Pactos que serán lícitos siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y que han de ser cumplidos conforme al principio "*pacta sunt servanda*". También debe recordarse que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1.256 del Código Civil).

CUARTA.- A partir de las anteriores premisas, para la comprensión exacta de la problemática jurídica planteada y sobre la que se solicita dictamen de este órgano consultivo deviene necesario precisar, en primer lugar, que el objeto del procedimiento de interpretación que nos ocupa viene referido no tanto a la cláusula 38.1 del PCAP, transcrita en los antecedentes del presente dictamen, sino que gira en torno a la fórmula de actualización de la tarifa de equilibrio que en dicha cláusula se contempla con el siguiente tenor literal:

“Tei = Tarifa de equilibrio por viajero, indexada al año i, a partir del año 5 de concesión. Los licitadores deberán ofertar la tarifa técnica para el primer año (en valor año 2005) y el factor de actualización (definido como o/o sobre IPC anual, excepto los costes de personal que se actualizarán según el Convenio Colectivo) al que se efectuará

la actualización de la misma cada año a lo largo de la concesión. Este factor no podrá ser superior al 100%”.

Centrado el asunto en los términos expresados procede dilucidar si la interpretación que al respecto realiza la Administración, en este caso, el Ayuntamiento de Parla, respeta las reglas de interpretación o si, por el contrario, como sostiene la empresa contratista en sus alegaciones incorporadas al procedimiento, se le está intentando imponer una interpretación diferente a la que, a su entender, ha sido aceptada por el órgano de contratación, hasta la publicación del informe del Tribunal de Cuentas.

El Ayuntamiento de Parla en su propuesta de resolución expresa que *“la correcta interpretación de lo contenido en la cláusula 38.1 del PCAP en cuanto al factor de actualización es que lla cláusula no dispensa un tratamiento diferenciado a los costes de personal del resto de costes empleados en el cálculo de la actualización, por lo cual el factor de actualización aplicable anualmente a la tarifa no puede ser superior al I PC anual”*, al entender, por una parte, que la cláusula 38.1 del PCAP no dispensa un tratamiento diferenciado a los costes de personal del resto de costes empleados cuando define el factor de actualización de la tarifa de equilibrio, y por otra, interpreta, que el factor de actualización aplicable anualmente a la tarifa no puede ser superior al IPC anual.

En cambio, la entidad concesionaria considera que la citada cláusula del PCAP dispensa un tratamiento diferenciado a los costes de personal y al resto de costes, pues según la concesionaria, los costes de personal se actualizan según el convenio colectivo mientras que el resto de costes, distintos de los de personal, se actualizan tomando como referencia el IPC, sin que estos puedan superar el 100%.

Llegados a este punto deviene necesario poner de manifiesto que en aplicación del criterio de interpretación contenido en el artículo 1281 del código civil, *“si los términos de un contrato son claros*

y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”, la previsión contenida en la cláusula controvertida debe entenderse, según el sentido o dicción literal de sus palabras y ello con independencia de que el Tribunal de Cuentas sostenga en su informe de fiscalización de 30 de junio de 2016 que el Ayuntamiento admitió revisiones de la tarifa técnica superiores a las que hubiera correspondido de conformidad con el factor de actualización ofertado por el concesionario y previsto en el PCAP, aceptó liquidaciones del concesionario que superaban la aportación que le correspondía por exceso de actualización de la tarifa técnica, admitió importes que le presentaba la sociedad concesionaria sin efectuar revisiones; ni del sistema empleado ni de los cálculos realizados, y aceptó una liquidaciones del concesionario que superaban la aportación que le correspondía.

Y es que, respecto al valor jurídico de los informes de fiscalización, la sentencia de 2 de febrero de 2012 dictada por el Departamento Primero de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas de 2 de febrero de 2012, respecto al valor probatorio de los informes de fiscalización del propio Tribunal, expresa:

“Por ello procede traer a colación cuál es el valor jurídico de los informes de Fiscalización en el proceso contable. Sobre la eficacia probatoria de los informes de Fiscalización del Tribunal de Cuentas y de los órganos de Control Externo de las Comunidades Autónomas en los juicios de responsabilidad contable, esta Consejera ya ha tenido ocasión de pronunciarse en otras resoluciones, así en Sentencia de 14 de abril de 2008, procedimiento de reintegro 138/06, en la que sigue la línea manifestada por la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, por todas, Sentencia 9/04 de 4 de marzo, que se resume en los siguientes criterios: a) los informes de fiscalización constituyen un medio de prueba muy cualificado, b) las

conclusiones de estos informes, no obstante, no son vinculantes para los órganos jurisdiccionales; c) a estos informes se les ha de conceder especial fuerza probatoria en cuanto a su contenido, y ello por razón de su autoría, de su destinatario, de su procedimiento de elaboración y de la razón de ciencia de los mismos; d) puede ocurrir que, a la vista de la prueba practicada, el órgano jurisdiccional se aparte del contenido reflejado en el Informe de Fiscalización lo que, precisamente por el valor técnico de aquel, debe hacerse de forma debidamente razonada y motivada; e) el juez contable, mediante la valoración conjunta de los restantes medios de prueba aportados al proceso, puede entender que se desvirtúa la presunción de veracidad de las conclusiones que en el informe se plasmen y f) el órgano de la Jurisdicción Contable puede valorar estos informes según los criterios de la sana crítica”.

Pues bien, en aplicación del criterio interpretativo anteriormente indicado podría sostenerse en principio, que la cláusula en cuestión lo que prevé literalmente es, por una parte, que la tarifa técnica ofertada por el licitador debe actualizarse cada año a lo largo de la concesión teniendo en cuenta un factor de actualización que se define como un porcentaje sobre el IPC anual, excepto los costes de personal que se actualizarán según el Convenio Colectivo, y además, la cláusula en su último inciso precisaría, que ese factor de actualización no podrá ser superior al 100% del IPC.

No obstante lo anterior, la interpretación derivada del Tribunal de Cuentas tampoco podría considerarse irrazonable, por ello hay que acudir a otros criterios interpretativos contenidos en el código civil.

Así, la regla contenida en el artículo 1282 cuando determina que para juzgar la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores del contrato.

En aplicación de esta última regla interpretativa, se comprueba a la vista del expediente examinado, que el Ayuntamiento de Parla y la empresa contratista, durante todos los años de vigencia del contrato, hasta el informe de fiscalización de Tribunal de Cuentas, han mostrado una interpretación de la cláusula controvertida contraria a la que ahora se postula en el expediente de interpretación que dictaminamos.

De otro lado, la regla interpretativa establecida en el artículo 1.288 del código civil según la cual la oscuridad de las cláusulas de los contratos no puede favorecer a quien sea el causante de la misma, regla interpretativa acogida por los tribunales entre otras en la sentencia del Tribunal Supremo 503/2017 de 16 de febrero. En este sentido, los PCAP que rigen el contrato de concesión fueron aprobados en su día por el CRTM en virtud de una encomienda de gestión del Ayuntamiento de Parla.

A la vista de las reglas anteriores, lo que resulta evidente es que el factor de actualización aplicable anualmente a la tarifa técnica no puede ser superior al 100% del IPC; sin embargo, la interpretación que acoge la Administración municipal en su propuesta de resolución obvia por la vía de la interpretación del contrato la definición del factor de actualización contenida también en el pliego, y ello supondría una modificación del contrato que solo podría llevarse a cabo en los casos, y con los requisitos y límites establecidos en la Ley so pena de vulnerar el principio de la buena fe contractual (artículo 1258 del código civil), modificación que en modo alguno procede en tanto en cuanto lo que se postula en la propuesta de resolución es suprimir la definición del factor de actualización contenido en el pliego, elemento que sirvió de pauta para que en el procedimiento de adjudicación los licitadores realizaran sus ofertas.

En merito a lo que antecede esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSION

No procede interpretar el PCAP objeto de la consulta, en el sentido propugnado por la propuesta de resolución sometida al presente dictamen.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 3 de octubre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 376/19

Sr. Alcalde de Parla

Pza. de la Constitución, 1 – 28982 Parla