

Dictamen nº: **1/08**
Consulta: **Ayuntamiento de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **01.10.08**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 1 de octubre de 2.008, sobre consulta formulada por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, al amparo del artículo 13.1.f) 5º de la Ley 6/2.007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre resolución de interpretación de contrato relativo a la construcción y explotación del aparcamiento para residentes denominado C, siendo la empresa adjudicataria D.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 16 de septiembre de 2008 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre resolución de interpretación del contrato relativo a la construcción y explotación del aparcamiento para residentes, remitido por el Excmo. Sr. Alcalde de Madrid. Admitida a trámite con esa misma fecha, se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 5/08, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 34, apartado 1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 26/2008, de 10 de abril.

Correspondió su ponencia a la Sección I, por razón de la materia, en virtud de lo establecido en el apartado primero, punto 1 de la Resolución

del Presidente del Consejo Consultivo nº 2/2008, en la que se determina el orden, composición y competencia de las Secciones.

SEGUNDO.- De los antecedentes que obran en el expediente resulta, en síntesis, que se ha planteado discrepancia entre la empresa adjudicataria del contrato mencionado –en adelante, D- y el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, en punto a la interpretación a dar al artículo 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que rige el concurso; en concreto, acerca de si el precio por la cesión del derecho de uso de las plazas de aparcamiento, a cobrar de los adjudicatarios seleccionados por el Ayuntamiento de Madrid, incluye o no incluye el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). Así, mientras que D preconiza la no inclusión del IVA en el precio ofertado por cada una de las plazas y, por tanto, la posibilidad de repercutir dicho impuesto en el precio final, el Ayuntamiento es del parecer de que dicho impuesto se entendía incluido en la oferta presentada en su día por la empresa adjudicataria.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1.letra f) 5º de la Ley 6/2007 de 21 de diciembre, Reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y a solicitud del Excmo. Sr. Alcalde de Madrid, cursada a través del Excmo. Sr. Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, en virtud del artículo 14.3 de la citada Ley y del artículo 32.3 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

SEGUNDA.- Está legitimado para recabar dictamen del Consejo Consultivo el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, por mor de lo dispuesto en el ya citado artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del referido órgano consultivo autonómico, el cual establece que: “*1. El Consejo Consultivo deberá ser consultado por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos: (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre (...) 5.º Interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas cuando se formule oposición por parte del concesionario*”.

En relación con la interpretación de los contratos administrativos, en general, el artículo 59.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante LCAP, dispone que: “*(...) será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de: a) Interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista*”. En parecidos términos, se pronuncia hoy el artículo 195.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, si bien, el contrato que nos ocupa se encuentra sometido al régimen jurídico de la LCAP por aplicación de la Disposición Transitoria Primera, según la cual: “*2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”.

En efecto, el contrato de cuya interpretación se trata fue adjudicado a D el 24-07-2006, siendo ésta la fecha a tener en cuenta a efectos de determinar el régimen jurídico aplicable. Por otro lado, tratándose la interpretación del contrato de una incidencia surgida en fase de cumplimiento del mismo, es claro que habrá que estar a lo que al respecto

diga la normativa constituida por la LCAP del año 2000, que, en lo que aquí interesa, prescribe la necesidad para las Administraciones Pùblicas – desde luego, para las entidades locales– de recabar dictamen del correspondiente órgano consultivo en los casos de interpretación de los contratos, formulándose expresa oposición por parte del contratista.

TERCERA.- Las exigencias de procedimiento establecidas por la Ley se refieren, en primer lugar, a la necesidad de dar audiencia al contratista (cfr. artículo 59.1 *in fine* de la LCAP).

Del expediente remitido, se observa que se ha cumplido con dicho trámite. En efecto, una vez iniciado el 24-04-2008 expediente para la interpretación del contrato de construcción y explotación del aparcamiento de residentes C, se concede plazo de alegaciones a la adjudicataria, la cual lo cumple el 20-5-2008, manteniendo la misma postura que se recogía en escrito anterior presentado el 3-05-2007, manifestando que los precios por el derecho de uso de las plazas de aparcamiento que contenía su oferta se debían entender sin incluir el IVA, solicitando en tal sentido una interpretación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Asimismo, la Instrucción de Fiscalización 4/2004 sobre modificaciones de contratos y otras incidencias contractuales, de la Concejalía de Hacienda y Administración Pública (hoy, Área de Gobierno y Administración Pública) del Ayuntamiento de Madrid, exige que este tipo de expedientes sean remitidos a la Intervención General a fin de que por ésta se emita el correspondiente informe, antes de la remisión, en su caso, al órgano consultivo. En el caso que nos ocupa, por parte de la Intervención General de la Subdirección General de Ingresos y Análisis Financiero se emitió con fecha 28-07-2008 informe favorable al criterio interpretativo mantenido por el Ayuntamiento en el sentido que “*el precio ofertado incluye, en todo caso, todos los gastos e impuestos incluido el IVA...*”.

Por último, en los casos de interpretación de contratos administrativos, cuando se formule oposición expresa por parte del contratista, el artículo 59.3.a) de la LCAP, citado *supra*, exige, como garantía adicional, la remisión del expediente al Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, a efectos de que por éste se emitiera dictamen preceptivo y no vinculante. Esta exigencia, como veíamos anteriormente, se concreta en el artículo 13.1.f) de la Ley 6/2007, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, para los expedientes de interpretación contractual que tramiten las Entidades Locales madrileñas.

CUARTA.- Entrando ya en el fondo del asunto, se solicita dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en relación con la interpretación a dar a determinada cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que rige en el contrato de concesión para la construcción y explotación del aparcamiento de residentes denominado C, adjudicado a la empresa D.

Para ello, es preciso partir del contenido de los pliegos que rigen el expediente para la contratación de la obra pública referida. Y ello, en aplicación de la norma contenida en el artículo 94 de la LCAP, acerca de los “*Efectos de los contratos*”, según el cual: “*Los efectos de los contratos administrativos se regirán por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares*”.

En interpretación de este precepto legal, la Jurisprudencia viene señalando, sin solución de continuidad, que los pliegos, tanto de cláusulas administrativas como de prescripciones técnicas, constituyen la ley del contrato, cualquiera que sea el objeto de éste (vid. por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999, [RJ 1999\5202]). Hasta el punto de que el propio Alto Tribunal ha considerado improcedente que, ni

siquiera en el documento en que se formalice la adjudicación definitiva, se introduzcan modificaciones respecto de lo consignado en el pliego, so pena de vulnerar el principio de la buena fe contractual (STS de 20 de marzo de 1992, y las que cita). En definitiva, pues, habrá que estar a lo que resulte de los pliegos, por mor del principio *pacta sunt servanda*.

Como concreción de esta regla fundamental, el artículo 79.1 *in fine* de la LCAP, sienta el principio de que “*Su presentación (la de las proposiciones de los interesados en las licitaciones) presume la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas sin salvedad alguna*”. Precisamente por ello, la impugnación de las bases en el concurso o subasta no puede realizarse por quien ha tomado parte en el mismo. En tal sentido, puede recordarse la doctrina recogida en la ya vieja STS de 31 de marzo de 1975, según la cual:

“...al haber sido aceptada, ante la ausencia de impugnación, la regla de que el pliego de condiciones es la ley del contrato con fuerza para ambas partes es irrefutable, e impide a quien ha aceptado el pliego impugnar a posteriori sus consecuencias o determinaciones, ya que quien presenta una solicitud (propuesta para tomar parte en una licitación) acepta e implícitamente da validez a todo lo actuado, unido a que en aras a la lealtad, buena fe, etc., que ha de presidir las relaciones jurídicas, resulta obligado al respeto a las bases del concurso cuando éstas son firmes y consentidas y como tales transformadas en Ley del contrato”.

QUINTA.- Partiendo de estas premisas, y aplicándolas al caso que nos ocupa, de lo que se trata es de determinar el auténtico alcance y sentido a otorgar al artículo 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, cuya distinta interpretación ha originado controversia entre las partes, tal y como ha quedado apuntado en el relato de hechos que precede al presente dictamen. Dicho artículo es del siguiente tenor:

Artículo 4.- Precio y presupuesto base de licitación.

“Los concursantes deberán acompañar a sus ofertas, el precio base del derecho de uso de las plazas de estacionamiento, según tamaño y nivel de profundidad, que no podrá, en ningún caso, ser superior a los quince mil euros (15.000 euros), IVA excluido, y su variación hasta la fecha de la puesta en servicio y formas de financiación de pago.

A todos los efectos, se entenderá que las ofertas presentadas por los licitadores incluyen el IVA y los demás tributos que les sean de aplicación”.

Sobre la base de esta cláusula del Pliego, la empresa adjudicataria postula una interpretación favorable a considerar excluidos de los precios por derecho de uso de las plazas de aparcamiento el importe correspondiente al IVA, mientras que la Administración concedente sostiene la postura contraria, manteniendo la inclusión de dicho impuesto en el precio ofertado por las plazas de garaje.

Con carácter general, se reconoce al órgano de contratación –la Administración Local, en este caso– *“la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”*, si bien no de una manera incondicionada y absoluta, sino siempre *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”* (artículo 59.1 de la LCAP).

Al respecto de esta potestad de interpretar los contratos administrativos, tiene dicho nuestro Alto Tribunal, en STS de 10 de febrero de 1999 (RJ 1999\2070), que:

“(…) la facultad de interpretación de los contratos corresponde realizarla al órgano competente para su formalización (...) en la medida

en que, como ha declarado reiterada jurisprudencia de esta Sala (*Sentencias de 28 de septiembre de 1954, 16 de marzo de 1964, 16 de enero de 1974, 10 de abril y 9 de junio de 1978 y 17 de marzo de 1979, entre otras*), la facultad interpretativa de la Administración no tiene otro alcance que el encontrar el verdadero sentido y contenido a las cláusulas a que se someten las partes, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las reglas que con carácter general establecen los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, criterio que además ha sido tenido en cuenta, igualmente, por el Consejo de Estado (así en dictámenes de 23 de noviembre de 1961, 3 de mayo de 1962 y 24 de abril de 1969, entre otros), pudiéndose llegar a la consideración final que, si bien en determinada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (así, en *Sentencia de 9 de diciembre de 1976 y otras anteriores*), se ponía de manifiesto que existía una presunción de autenticidad en la interpretación llevada a cabo por la Administración, lo que significaba que debía aceptarse ésta, mientras no se acreditase que fuera errónea, la jurisprudencia más reciente de dicha Sala (así, en *Sentencia de 6 de julio de 1990*) establece y acepta, sin más, los criterios interpretativos del Código Civil”.

En definitiva, pues, la facultad de interpretar los contratos administrativos que ostenta como una prerrogativa la Administración contratante, si bien hasta un determinado momento fue admitida sin más como válida por la Jurisprudencia, en tanto no se demostrase que no era correcta –lo que equivalía a afirmar en la práctica que dicha interpretación estaba investida de una presunción *iuris et de iure* de veracidad–, posteriormente, la evolución jurisprudencial, en un sentido más progresivo y acorde con los tiempos, ha llevado a sostener que la Administración, al llevar a cabo dicha interpretación contractual, ha de someterse a los criterios hermenéuticos contenidos en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil (en adelante, CC). En efecto, no hay obstáculo alguno en

mantener la aplicabilidad de dichas normas civilistas respecto de los contratos administrativos, tanto desde el punto de vista del propio Código Civil, cuya supletoriedad se reconoce en el Título Preliminar, al afirmar que “*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes*” (artículo 4.3 del CC), como desde la propia norma contractual administrativa, que prevé dicho alcance supletorio en el artículo 7 de la LCAP (con los matices correspondientes, por tratarse de un contrato de concesión de obra pública, y que recoge el artículo 7.2). En dicha norma se prevé la aplicación supletoria de “*las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado*”.

Estando la materia de la interpretación de los contratos exclusivamente abordada con carácter general en el Código Civil, habremos de examinar y valorar la interpretación llevada a cabo por la Administración en este caso, a la luz de las normas interpretativas que se contienen en este texto legal. En el bien entendido que dicha labor interpretativa versará sobre el alcance y sentido a otorgar a determinada/s cláusula/s de los pliegos, puesto que, como se razonaba *supra*, éstos, una vez aceptados incondicionadamente por los licitadores que han tomado parte en el concurso, pasan a ser la “ley del contrato”, tienen, pues, carácter contractual.

SEXTA.- El Código Civil dedica la primera de las normas consagrada a la interpretación de los contratos a la primacía de la interpretación literal o grammatical; así, reza el artículo 1281 que: “*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. - Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas*”.

Esta previsión legal ha llevado a afirmar a la Jurisprudencia (vid. STS de 2 de septiembre de 1996[RJ 1996\6497]) que:

“Las normas o reglas de interpretación contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la regla contenida en el párrafo 1º del artículo 1281, de tal manera que si la claridad de los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las demás reglas interpretativas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario”.

Si volvemos al artículo 4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, nos encontramos con que el mismo se articula en dos párrafos: el primero se refiere a la necesidad de que los licitadores que se presenten al concurso acompañen a sus ofertas “*el precio base del derecho de uso de las plazas de estacionamiento (...), y su variación hasta la fecha de puesta en servicio y formas de financiación de pago*”, en el cual, por expresa exigencia del Pliego, no se entenderá incluido el IVA; y el segundo párrafo hace alusión a que “*a todos los efectos las ofertas presentadas por los licitadores incluyen el IVA y los demás tributos que les sean de aplicación*”.

La propia estructura del artículo comentado nos lleva a pensar que sus redactores estaban abordando dos cuestiones distintas: por un lado, la necesidad de que los licitadores consignaran junto con sus ofertas –pero no integrando la oferta económica en sí– el “precio base” del derecho de uso de cada de plaza de aparcamiento, el cual no incluiría el IVA, y de otro, que la oferta económica dirigida a la Administración –que es la que vincula al contratista y que determina que, una vez presentada la documentación correspondiente la misma no pueda ser retirada (cfr. artículo 80.5 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre)–, la cual sí incluye el IVA.

Sea como fuere, aunque en principio podría sostenerse que sí se sabe lo que la cláusula del Pliego dice, no parece que su redacción haya sido muy afortunada, al suscitar determinadas dudas acerca de cuál es su verdadero sentido. Esta falta de claridad permite acudir al resto de criterios interpretativos que se contienen en el Código Civil.

Entre ellos, por su importancia, merece especial atención el criterio sistemático a que hace referencia el artículo 1285 del CC, conforme al cual: *“Las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”*.

Este precepto proclama el principio de interpretación sistemática, el cual tiene un indiscutible valor, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que el contrato constituye (vid. por todas la STS de 28 de julio de 1990[RJ 1990\6185]).

En este sentido, debe completarse lo que dice el mentado artículo 4 del Pliego con otras previsiones contenidas en el mismo, y que ayudan a indagar acerca de cuál sea su auténtico sentido. Así, el artículo 16 del Pliego se refiere al *“Contenido y formas de las proposiciones”*, exigiendo la presentación en dos sobres (Sobre A y Sobre B), conteniendo la “Documentación Administrativa” y la “Proposición Económica”, respectivamente. En concreto, en el Sobre B se incluirá la proposición ajustada al modelo que se describe en el Pliego, y acompañando, como ANEXO, la “Documentación técnica”, a presentar “en las cajas, carpetas, paquetes o soportes informáticos compatibles y que garanticen la autenticidad, integridad y conservación de la documentación que contenga”, y entre la que se incluirá, el “Estudio económico-financiero que demuestre la rentabilidad económica del aparcamiento y lleve implícito el cálculo del VAN y del TIR”, así como el “Cálculo de la rentabilidad en

función de la amortización, intereses, gastos de explotación e ingresos probables”.

Por su parte, en el “Modelo de la Proposición”, se hará constar, entre otras menciones, y con el nº 5 “el precio del derecho de uso de cada plaza de residentes se establece en: (*Incluir cuadro de financiación para aquellas plazas cuyo pago se haga aplazado*)”. En dicha proposición, se incluye la mención, como párrafo independiente entre el nº 7 y el nº 8, que: “*El precio ofertado incluye, en todo caso, todos los gastos e impuestos, incluido el IVA*”.

Más adelante, el artículo 18 del Pliego, sobre “*Criterios de adjudicación y baremación de los mismos*”, en que se explicitan qué criterios se tendrán en cuenta por el órgano de contratación para la adjudicación del contrato, y el porcentaje en que cada uno de ellos ponderará sobre la puntuación final obtenida por cada licitador, se dispone que el “Precio de las plazas” será el segundo elemento a tener en cuenta por el órgano de contratación en orden de importancia (hasta un total de 16 puntos), al mismo nivel que el “Sistema constructivo con vistas a disminuir molestias al tráfico”, sólo por detrás de la “Calidad del proyecto básico” (que permitirá obtener hasta 20 puntos). En concreto, al especificar la baremación del criterio de adjudicación referente al “Precio de las plazas”, establece que, en primer lugar se establecerá un precio tipo de plaza, que será el resultado de obtener la media ponderada en la forma detallada en el Pliego; adjudicándose los 16 puntos a la oferta que consigne el precio más bajo de entre las de calidad técnica suficiente, y de ahí para abajo en orden decreciente hasta 0 puntos. Una vez más, se vuelve a recoger la regla de que “*el precio total de la plaza no podrá ser superior, en ningún caso, a los quince mil euros (15.000 euros), IVA excluido*”.

Luego, interpretando de forma armónica y global ambas previsiones del clausulado del Pliego, se llega a la conclusión de que la intención real de la

Administración al redactarlo, ha sido la de que los licitadores que se presenten a concurso oferten un precio total a aquélla, en el que se deberá entender incluido el IVA, si bien, a efectos de presentación formal de sus proposiciones, deberán acompañar a su oferta del precio por la cesión del derecho de uso de cada plaza de aparcamiento, en el que no se incluirá el IVA, sólo a fin de que por el órgano de contratación se puedan baremar correctamente las ofertas, atendiendo al criterio del precio de las plazas. Este precio sin IVA se entiende que no es el precio final ofertado por cada plaza de aparcamiento, sino que tiene una trascendencia a efectos puramente internos de decisión del concurso, dado que, en todo caso, y como el propio Pliego se encarga de resaltar en varios lugares, el precio ofertado incluye todos los gastos e impuestos, incluido el IVA.

SÉPTIMA.- A mayor abundamiento, avalan la interpretación anterior, favorable a la inclusión del IVA en el precio ofertado por los licitadores, sin posibilidad de repercutir el importe de este impuesto sobre el precio a satisfacer por los residentes seleccionados por el Ayuntamiento, los preceptos contenidos en otras normas de nuestro Ordenamiento Jurídico, tal y como postula el artículo 1258 del CC, cuando afirma que: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.

Así, por lo que se refiere a la legislación contractual administrativa aplicable al caso, hay que tener en cuenta el artículo 77 de la LCAP, según el cual:

Artículo 77. Cuantía de los contratos en relación con el Impuesto sobre el Valor Añadido

Siempre que en el texto de esta Ley se haga alusión al importe o

cuantía de los contratos, se entenderá que en los mismos está incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, salvo indicación expresa en contrario. Las referencias al Impuesto sobre el Valor Añadido deberán entenderse realizadas al Impuesto General Indirecto Canario o al Impuesto sobre la Producción, los Servicios y la Importación, en los territorios en que estas figuras impositivas rijan.

La Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido, en su artículo 88, dispone que “*Uno. Los sujetos pasivos deberán repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre aquel para quien se realice la operación gravada, quedando éste obligado a soportarlo siempre que la repercusión se ajuste a lo dispuesto en esta Ley, cualesquiera que fueran las estipulaciones existentes entre ellos*”. A renglón seguido, se lee lo siguiente: “*En las entregas de bienes y prestaciones de servicios sujetas y no exentas al impuesto cuyos destinatarios fuesen entes públicos se entenderá siempre que los sujetos pasivos del impuesto, al formular sus propuestas económicas, aunque sean verbales, han incluido dentro de las mismas el Impuesto sobre el Valor Añadido que, no obstante, deberá ser repercutido como partida independiente, cuando así proceda en los documentos que se presenten para el cobro, sin que el importe global contratado experimente incremento como consecuencia de la consignación del tributo repercutido*”.

Interpretando este precepto legal, una larga lista de Sentencias del Tribunal Supremo –la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de mayo de 2006, dictada en el recurso nº 217/2004, cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001, de 23 de octubre de 2001 y de 7 de octubre de 2003, todas de la Sección 7^a de la Sala 3^a–, han entendido que:

“*(...) vigente la legislación sobre IVA, el juego del artículo 88.uno de la Ley 37/1992 es tan claro que, siempre que se ha planteado el*

problema, se ha resuelto entendiendo que, a falta de referencia expresa en el Pliego o en el contrato administrativo a si el precio incluye o no incluye IVA, debe entenderse que en el precio del contrato va incluido el IVA, aun aceptando que la regla del artículo 88.º de la Ley 37/1992 constituye una presunción iuris tantum susceptible de ser interpretada en contrario si la voluntad de las partes es otra, a falta de una expresión clara de esa voluntad en contrario, lo que hay que entender es que el precio del contrato incluye el IVA, llegando incluso una larga serie de Sentencias de la Sala 3^a a proclamar que la presunción del artículo 88.º es, por su contenido, una presunción iuris et de iure, siguiendo la tesis de la Sección 2^a en Sentencia de fecha 9 de diciembre de 1999, acogida por la Sección 7^a de manera uniforme en Sentencias de 5 de julio de 2000, 30 de abril de 2001, 10 de julio de 2001, dos Sentencias de 12 de abril de 2002, de 27 de mayo de 2002, de 25 de junio de 2002 y de 24 de abril de 2001”.

Así pues, la regulación contenida tanto en la LCAP como en la Ley del IVA es coherente con la consideración de este impuesto como tributo indirecto, en que el sujeto pasivo está obligado a repercutir la cuota del mismo sobre aquél para quien se realiza la operación gravada, que constituye su hecho imponible, con la particularidad de que, siendo un ente público el destinatario final del bien entregado o el beneficiario del servicio prestado, el IVA se entenderá comprendido –siempre a salvo la voluntad de las partes en contrario– dentro del precio a pagar, debiendo consignarse como partida independiente.

Cabe igualmente señalar que nos hallamos en presencia de un contrato de concesión de obra pública, regulado en el Título V del Libro II de la LCAP, en la redacción introducida por la Ley 13/2003, de 23 de mayo. El primero de sus preceptos –el artículo 220.1 de la LCAP– define este contrato en los siguientes términos: “1. *Se entiende por contrato de*

concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título”.

La obra a realizar, y de cuya explotación se trata, es un aparcamiento para residentes, que se entiende incluida en la relación de posibles objetos del contrato de obra, que recoge el artículo 120 de la LCAP, al que se remite el artículo 220, cuando establece que aquel contrato podrá tener por objeto, entre otros, “*La construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble, tales como (...) así como cualquier otra análoga de ingeniería civil*”. El artículo 120 a) relaciona *ad exemplum* una serie de obras de construcción de bienes inmuebles, acabando dicha relación con una fórmula final abierta, que permita incluir cualquier otro contrato que tenga por objeto la construcción de una obra distinta de las enumeradas, que sea asimismo de ingeniería civil. Entre éstas, es evidente que se puede considerar incluida la obra para la construcción (y explotación, en su caso, si nos hallamos frente a una concesión) de un aparcamiento para residentes.

Pues bien, de la lectura de los pliegos que han de regir el contrato, se comprueba que el precio a satisfacer al concesionario por la realización de la obra de aparcamiento consiste en la explotación de la propia obra realizada, que se materializará en el cobro del precio a pagar por los residentes en concepto de transmisión del derecho de uso de las plazas de

estacionamiento. Ello no quiere decir que el concesionario facture directamente el importe de dichas plazas a los residentes, sino que será el propio Ayuntamiento el que fije dicho importe, sin perjuicio de que las cantidades correspondientes las ingrese el concesionario en concepto de beneficio industrial.

Luego por tanto, postular una interpretación que suponga reconocer a la empresa adjudicataria del contrato la posibilidad de repercutir la cuota del impuesto sobre los adquirentes de las plazas de aparcamiento, se revela como una postura contraria a la buena fe, los usos y, en definitiva, la ley, que, junto con lo expresamente manifestado en el contrato, constituyen igualmente fuente de obligaciones entre las partes, ex artículo 1258 del CC.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Que es ajustada a derecho la postura interpretativa sostenida por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, considerando incluido el IVA en el precio a cobrar por la transmisión del derecho de cobro de las plazas de aparcamiento.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo a efectos de su constancia en el oportuno registro, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 1 de octubre de 2008