

Acuerdo nº: **10/18**
Consulta: **Alcaldesa de Madrid**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **22.11.18**

ACUERDO del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 22 de noviembre de 2018, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Madrid a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre interpretación del contrato de “*Gestión integral de infraestructuras viarias de la Ciudad de Madrid*” adjudicado a la empresa DRAGADOS S.A. (en adelante, “*la contratista*”), en lo relativo al alcance e intensidad de la prestación P0.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 18 de octubre de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen en relación al expediente aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 466/18, 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 de la Comunidad de Madrid (en adelante, ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, quien formuló y firmó la propuesta de acuerdo, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 22 de noviembre de 2018.

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

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y de prescripciones técnicas particulares (en adelante PPTP) del contrato de gestión de servicio público modalidad concesión denominado “*Contrato de gestión integral de infraestructuras viarias de la Ciudad de Madrid*” de los tres Lotes que se licitaron conjuntamente, fueron aprobados por Decreto del delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad del Ayuntamiento de Madrid de fecha 24 de octubre de 2013, para su adjudicación por procedimiento abierto.

La imputación presupuestaria del gasto correspondiente, por un importe de 336.596.940,75 €, se efectuó con cargo a determinada aplicación presupuestaria.

Previa fiscalización por la Intervención General en fecha 23 de octubre de 2013, la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, por Acuerdo de fecha 24 de octubre de 2013, autorizó la celebración del contrato y aprobó el gasto correspondiente y su distribución en ocho anualidades.

La adjudicación del contrato correspondiente a los tres lotes, tras la fiscalización de la disposición del gasto por la Intervención Delegada de Medio Ambiente y Movilidad en fecha 30 de diciembre de 2013 se acordó mediante Decreto del delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad de fecha 30 de diciembre de 2013 y fue publicada en el perfil del contratante de fecha 3 de enero de 2014.

La formalización del contrato de los tres lotes se realizó el 14 de enero de 2014 con la empresa indicada en el encabezamiento, y por lo que a los efectos interesa, el referido negocio concesional incluye de manera integral, según se recoge en el apartado 1 “Definición del objeto del contrato” del Anexo I del PCAP, a que se remite la cláusula 3 del pliego:

«la vigilancia del estado de las infraestructuras y la conservación y mantenimiento de los pavimentos, estructuras y obras de paso de las vías y espacios públicos, así como su adecuación a la normativa vigente en materia de accesibilidad y movilidad y el mantenimiento de su funcionalidad y seguridad», así como “todas las operaciones para asegurar su correcto funcionamiento, minimizar los posibles peligros que puedan ocasionarse a personas o cosas, adecuar las instalaciones a las necesidades urbanas y conseguir un aceptable equilibrio entre el servicio que se proporcione y su coste de funcionamiento, manteniendo el nivel técnico adecuado de las infraestructuras así como la calidad del servicio. En líneas generales, el contrato se incluye la realización, con el alcance definido en el PPTP el contrato, de las siguientes prestaciones:

PO: Actuaciones iniciales de renovación y acondicionamiento.

P1: Trabajos técnicos y administrativos del servicio.

P2: Atención y resolución de incidencias y emergencia en pavimentos.

P3: Conservación y mantenimiento de pavimentos con garantía total.

P4: Conservación y mantenimiento integral de estructuras y obras de paso.

P5: Gestión y conservación del Almacén de Vías Públicas y Taller de Cantería.

P6: Incidencias en vía pública no cubiertas por la prestación P2.

P7: Actuaciones de renovación y acondicionamiento de vías públicas

P8: Actuaciones de adecuación y reforma de vías públicas y obras de paso”.

El contrato fue objeto de una primera modificación consistente en la incorporación de precios contradictorios, que se aprobó previa fiscalización favorable, el 9 de junio de 2015 y de una segunda relativa exclusivamente a la modificación de las obras de reconstrucción de aceras y elementos de contención de la autovía A-5, dentro de la prestación P0 del lote 3 del referido contrato.

Con fecha 2 de agosto de 2017, la Subdirección General de Conservación de Vías Públicas e Infraestructuras Públicas emitió informe técnico sobre una cuestión interpretativa solicitada por la contratista mediante escrito presentado en un registro municipal el 28 de abril de 2017, con el que exponía la posición adoptada por el Ayuntamiento hasta el momento y el criterio interpretativo de dicha Administración, solicitando al órgano de contratación el inicio de un procedimiento de interpretación con audiencia a la contratista.

Por Decreto de fecha 8 de agosto de 2017, el delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible, acordó iniciar el procedimiento de interpretación del contrato (expediente número 132/2013/01244) y dar audiencia a la contratista, para que emitiera las alegaciones que estimara oportunas. Tras la vista del expediente, la contratista formuló escrito de alegaciones que tuvo entrada en el Ayuntamiento de Madrid el 28 de agosto de 2017.

El 20 de abril de 2018, la Subdirección General de Conservación de Vías Públicas e Infraestructuras Públicas emitió un informe técnico de contestación a dichas alegaciones, que incluía una concreta propuesta de

interpretación que sometía al órgano de contratación, entendiéndose que se debía dar nuevo trámite de audiencia al contratista en relación con la propuesta planteada.

Por Decreto de fecha 8 de mayo de 2018, el delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible, declaró la caducidad del procedimiento de interpretación anteriormente iniciado, el inicio de un nuevo expediente de interpretación del contrato, la conservación de los actos y trámites del procedimiento caducado, proponía los términos de la interpretación del contrato y confería el trámite de audiencia a la contratista.

Con fecha 21 de mayo de 2018, la contratista solicitó la suspensión del procedimiento por determinado plazo para finalizar un dictamen pericial que estaba elaborándole ALTRÁN INNOVACIÓN S.L. (en adelante, *“la mercantil”*), previo encargo, o subsidiariamente la ampliación del plazo conferido. Por Decreto del delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible, de fecha 24 de mayo de 2018 se acordó desestimar la suspensión de plazo y estimar la ampliación del mismo por 5 días hábiles.

Cumplimentando el trámite conferido, la contratista presentó escrito de alegaciones en un registro electrónico con fecha 1 de junio de 2018, con solicitud de resolución interpretativa específica que decía soportar en el informe pericial de fecha 24 de mayo de 2018 de la mercantil que acompañaba. Asimismo, consta en el expediente un escrito de la contratista, de 4 de junio de 2018, que decía acompañar un DVD con los anejos al informe pericial que por su volumen no pudieron ser presentados telemáticamente, para complemento del escrito de alegaciones.

El 27 de junio de 2018, la Subdirección General de Conservación de Vías Públicas e Infraestructuras Públicas emitió un informe técnico de

contestación a esas últimas alegaciones, con el que proponía desestimarlas y elevar al órgano de contratación la propuesta de interpretación incluida en su informe de 20 de abril de 2018.

El 13 de julio de 2018, la Subdirección General de Contratación y Asuntos Generales remitió el expediente a la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Madrid, que emitió el informe de 1 de agosto de 2018 con parecer favorable a la interpretación considerada por el Ayuntamiento.

TERCERO.- Por Decreto de 20 de agosto de 2018, del tercer teniente de Alcalde suplente del delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible, se dispone:

“PRIMERO.- Declarar la caducidad del procedimiento de interpretación del contrato de Gestión Integral de Infraestructuras Viarias de la ciudad de Madrid, en relación al alcance e intensidad de la prestación P.0, de conformidad con los artículos 211 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y 21.3 y 95 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas por haber transcurrido el plazo de tres meses desde su inicio sin haber sido resuelto y notificado al interesado.

SEGUNDO.- Incorporar al nuevo procedimiento de interpretación los actos y trámites del procedimiento que ahora se declara caducado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 95.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

TERCERO.- Acordar, en virtud de los artículos 210 y 211 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público el

inicio de la tramitación del incidente de interpretación del contrato de Gestión Integral de Infraestructuras Viarias de la ciudad de Madrid, en relación al alcance e intensidad de la prestación PO y continuar la tramitación del incidente de la interpretación”.

El 22 de agosto de 2018 se notifica la parte dispositiva de tal Decreto a la contratista, haciéndole saber que el Decreto pone fin a la vía administrativa pudiendo interponer recurso de reposición o directamente recurso contencioso-administrativo.

El 27 de agosto de 2018 la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible formula propuesta de decreto al delegado de tal Área, para que desestime las alegaciones de la contratista presentadas el 1 de junio de 2018, con base en el informe técnico de 27 de junio y el de la Asesoría Jurídica de 1 de agosto, proponiendo concreta interpretación del contrato.

El 25 de septiembre de 2018, la Intervención Delegada en Desarrollo Urbano Sostenible emite informe en que refiere que la prerrogativa de interpretar los contratos la ostenta el órgano de contratación, siendo necesaria la audiencia al contratista, el informe de la Asesoría Jurídica y el informe de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, por lo que *“en virtud del artículo 10 del RD 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del Sector Público Local, será necesario que se incorpore todos los informe preceptivos, por lo que se devuelve el expediente al objeto de incorporación del referido informe”.*

El 1 de octubre de 2018, la Secretaría General Técnica del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible formula propuesta al delegado de tal Área, para que solicite informe de esta Comisión Jurídica Asesora y declare la suspensión del plazo para resolver y notificar, y una vez emitido el dictamen, desestime las alegaciones de la contratista

presentadas el 26 de abril de 2017 y 1 de junio de 2018, con base en el informe técnico de 27 de junio de 2018, proponiendo la interpretación del contrato que se hace en ese último informe técnico.

Por Decreto de 1 de octubre de 2018, el delegado del Área de Gobierno de Desarrollo Urbano Sostenible, dispone solicitar dictamen de este órgano consultivo y declarar la suspensión del procedimiento en los términos del artículo 22.1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

No obra en el expediente la notificación de tal suspensión ni la comunicación de la solicitud de dictamen.

Con escrito de 5 de octubre de 2018, con salida registral del día 9 de octubre de 2018, la Alcaldía de Madrid solicita la emisión de dictamen en relación al expediente de interpretación de contrato a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. Acompaña copia del expediente de interpretación 132/2013/01244-II y el del contrato de gestión integral de infraestructuras viarias de la Ciudad de Madrid.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

ÚNICA.- La petición de dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora, se ha de entender realizada, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual: “(...) *la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada 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: (...) 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”, a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.c) del ROFCJA), (“(...) los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local”).

El contrato se adjudicó mediante Decreto de 30 de diciembre de 2013. 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 regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”, por lo que resulta de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante, TRLCSP) por ser la normativa vigente en el momento de la adjudicación, en cuanto al fondo del asunto.

Por lo que se refiere a la normativa aplicable al procedimiento de interpretación de contratos, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (256/17 de 22 de junio, 157/18 de 5 de abril, 270/18 de 21 de junio, 299/18 de 28 de junio y 646/18 de 24 de octubre entre otros), que viene dada por la vigente en el momento de su inicio, en este caso el 20 de agosto de 2018, lo que supone la aplicación de la ya citada LCSP/17, pues entró en vigor, en virtud de su disposición final decimosexta, el 9 de marzo de 2018, a los cuatro meses de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, producida el día 9 de noviembre de 2017.

La importancia de que la interpretación que haya de darse al contrato sea establecida previa la tramitación del correspondiente procedimiento ya ha sido destacada esta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en numerosos dictámenes en los que resaltamos que la Administración no puede adoptar sin más una resolución para la interpretación del contrato, sino que ha de hacerlo observando de un modo riguroso las exigencias de índole procedimental que resulten aplicables.

En particular, y según se ha expresado anteriormente, hay que estar a lo dispuesto en la LCSP/17, cuyo artículo 191, en los apartados 1 y 3.a), establece, respectivamente, la necesidad de dar audiencia al contratista y el carácter preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma cuando, en punto a 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, de Supresión del Consejo Consultivo.

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 se nos somete a consulta, tenemos que el Ayuntamiento de Madrid, mediante Decreto del tercer teniente de Alcalde y suplente del delegado del Área de Gobierno de desarrollo Urbano Sostenible, de fecha 20 de agosto de 2018, dispuso tres cosas distintas: declarar caducado el procedimiento de interpretación de contrato incoado el 8 de mayo de 2018, acordar el inicio de un nuevo expediente de

interpretación e incorporar al nuevo procedimiento los actos y trámites del procedimiento caducado.

En cuanto al primer aspecto, conviene tener en cuenta la postura de este órgano consultivo favorable a considerar que el transcurso del plazo máximo para la tramitación del procedimiento de interpretación del contrato sin dictar la resolución correspondiente, produciría la caducidad del procedimiento (dictámenes del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 445/12, 446/12 y 447/12, todos de 18 de julio, cuyo criterio sobre esta cuestión hicimos propio en el Dictamen 483/16, de 27 de octubre, y otros que le han sucedido). Esta posición es compartida por otros órganos consultivos, como el Consejo Consultivo de Andalucía en los dictámenes 650/2014, de 30 de septiembre, y 365/14, de 28 de mayo o el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en el Dictamen 144/15, de 30 de julio. El plazo de la caducidad es el de tres meses previsto con carácter general en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 de la LPAC, al no haber disposición específica relativa al procedimiento de interpretación del contrato.

Tal institución también podría producir sus efectos en el procedimiento que nos ocupa, ya que, iniciado el 20 de agosto de 2018, habría caducado el 20 de noviembre de 2018 salvo que hubiera sido notificado el decreto de suspensión de 1 de octubre y comunicado la petición de dictamen a este órgano consultivo antes de dicha fecha. Lo que deberá ser tenido en cuenta por la Administración solicitante.

En otro orden, el decreto de referencia contiene dos disposiciones más referidas al inicio del procedimiento de interpretación y a la conservación de actos del procedimiento anterior, de cuyo tenor se derivan defectos en la tramitación del procedimiento que impiden a este órgano consultivo la emisión del dictamen solicitado.

Comenzando por el acuerdo de incoación del procedimiento aprobado por Decreto de 20 de agosto de 2018, en el mismo no se recoge referencia alguna a la interpretación que se pretende efectuar, omitiéndose toda motivación fáctica y jurídica de la misma, constando tan solo la referencia general de conservación de los actos y trámites del procedimiento caducado. Esto es así, porque aunque con antelación a su parte dispositiva refiera que lo hace por atribuciones delegadas “*y en virtud del informe que antecede de la Subdirección general de Vías Públicas e Infraestructuras Públicas*”, no se concreta, plasma ni acompaña el informe a que se refiere. Tal manera de obrar hace que el contratista no pueda conocer las razones y en sentido concreto por las que puede ser objeto de interpretación el contrato, siendo así que el referido acuerdo de incoación es un acto potencialmente limitativo de los derechos de la contratista -art. 35.1,a) de la LPAC-. Abunda a lo anterior el hecho de que a la contratista se le haya notificado sólo el contenido de su parte dispositiva.

Procede en este sentido aclarar, que una vez declarada la caducidad del procedimiento es posible el comienzo de uno nuevo y distinto, pero no “*continuar la tramitación del incidente de la interpretación*” como confusamente se refleja también en la resolución de inicio, y ello, sin perjuicio de que, con la debida cautela, y como enseguida veremos, se pueda acordar la conservación de ciertas actuaciones del anterior procedimiento. Ello quiere decir que la motivación de la incoación de un procedimiento caducado no sirve para el que se inicie de nuevo.

Asimismo, la notificación del decreto de inicio del procedimiento se ha efectuado a la contratista refiriéndole que pone fin a la vía administrativa y sin conferirle trámite de alegaciones.

Por otra parte, en cuanto a la referida conservación de actuaciones, esta, conforme al artículo 66 de la LPAC, no puede alcanzar a la totalidad de lo actuado en el procedimiento anterior, sino solo a los “*actos y*

trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción". A dicha idea responde igualmente el artículo 95.3 del mismo texto legal, referido a los casos en los que se incoe un nuevo procedimiento tras la declaración de caducidad de otro previo, en cuyo caso *"podrán incorporarse a este los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad"*. La jurisprudencia ha desarrollado este concepto restringiendo la posibilidad de incorporación, como regla general, a los actos no surgidos dentro del procedimiento, aunque incorporados al mismo (entre otros, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2012, RC 3558/2011), pues, como sostuvimos en el Dictamen 522/16, de 17 de noviembre, *"solo es posible incorporar actos independientes del expediente caducado, pero no los surgidos dentro de él"*.

En el caso sujeto a análisis, se ha realizado una conservación absoluta e indiscriminada, incluyendo en ella trámites que han de ser desarrollados necesariamente en el nuevo procedimiento, como los de audiencia (cuya conservación veta expresamente el segundo párrafo del referido artículo 95.3 de la LPAC) o el informe de la Asesoría Jurídica (que, entre otros aspectos, debe revisar la corrección del procedimiento seguido), es decir que, sencillamente y a salvo del informe de la Intervención y la propuesta de resolución, no se ha tramitado un procedimiento.

Debemos destacar en particular, que la falta de trámite de audiencia impide conocer si es necesario el informe de este órgano consultivo, al estar condicionada su petición a la posible oposición del contratista a la concreta interpretación del contrato que haga la Administración en el procedimiento iniciado -art. 191.3,a) LCSP/17-.

En mérito a lo que antecede, esta Comisión Jurídica Asesora aprueba el siguiente

ACUERDO

Procede devolver la documentación remitida por el Ayuntamiento de Madrid, en relación con el inicio de interpretación de contrato dispuesto en el Decreto de 20 de agosto de 2018, del tercer teniente de Alcalde y suplente del delegado del Área de Gobierno de desarrollo Urbano Sostenible.

Madrid, a 22 de noviembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Acuerdo nº 10/18

Excma. Sra. Alcaldesa de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid