

Dictamen nº: **157/18**
Consulta: **Alcalde de Parla**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **05.04.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de abril de 2018, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Parla, cursada a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la interpretación de la cláusula 38.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato denominado “*Concesión de Obra Pública para la Construcción, Mantenimiento y Explotación de la Línea 1 del Tranvía de Parla*” suscrito con la sociedad Tranvía de Parla, S.A. (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante oficio que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con fecha 21 de febrero de 2018, el alcalde de Parla ha solicitado dictamen preceptivo sobre el expediente de interpretación de la cláusula 38.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige en el Contrato de Concesión para la Construcción, Mantenimiento y Explotación de la Línea 1 del Tranvía de Parla (en adelante, “*el contrato*”).

En dicha fecha ha comenzado 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 ha correspondido, 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 5 de abril de 2018.

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

1-. El 22 de agosto de 2005, 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. 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.

En virtud del mismo *“El pliego de cláusulas administrativas 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”*.

En cuanto al sistema retributivo de la contratista, la cláusula cuarta expresa: *“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”*.

No forma parte del expediente remitido a esta Comisión los términos de la oferta de la contratista.

2.- Por su parte, la cláusula 38 del PCAP bajo el título *“Aportaciones de la Administración y retribución del concesionario”*, dice:

“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 = Billetaje + 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 billetaje. 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 = AI + AE + 0,25*IC , siendo:*

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

AE= T el DR - 0, 75 *IC , siendo:*

DR = Demanda real de viajeros.

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%.

- *IC: Ingresos complementarios”.*

3.- Durante la ejecución del contrato, a la vista de una sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 26 de

Madrid, que declaró no ajustado a Derecho un acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de diciembre de 2015 (documentos que no han sido incorporados al expediente remitido a esta Comisión), a propuesta del concejal delegado de Patrimonio y Hacienda y previo informe del viceinterventor municipal de 14 de noviembre de 2017, la Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria de 23 de noviembre de 2017 acordó aprobar el inicio de un expediente de interpretación de la cláusula 38.1 del PCAP que rige el contrato.

El acuerdo de inicio acoge los informes de la intervención de 9 de noviembre de 2015 y 14 de noviembre de 2017 en los que en base a un informe del Tribunal de Cuentas de Fiscalización del Desarrollo, Mantenimiento y Gestión del Tranvía de Parla, aprobado por el Pleno de dicho Tribunal el 30 de junio de 2016, se considera que *“en el periodo comprendido entre enero de 2008 y diciembre de 2015 la concesionaria ha venido facturando importes superiores a los debidos por la aplicación en la tarifa de equilibrio de factores de actualización superiores al 100% de la variación del IPC”*.

4.- Notificado el acuerdo de inicio a la contratista, por escrito de 12 de diciembre de 2017 formula alegaciones. Alega en síntesis que el expediente iniciado para la interpretación de la cláusula 38.1 del PCAP debe centrarse en dirimir la interpretación para la actualización de la *“tarifa de equilibrio”* de la concesión debiendo quedar al margen del procedimiento el exceso de déficit de la administración en los ingresos de *“Aportación por explotación”* y la cuantificación del presunto exceso de déficit. También alega que no corresponde al Tribunal de Cuentas *“cuestionar la legalidad de los actos dictados por la Administración, ni tampoco puede pronunciarse sobre la interpretación que debe hacerse de una cláusula de un contrato”* al no tener carácter vinculante sus informes y por considerar que su elaboración se ha llevado a cabo con documentación e información que califica de parcial e incompleta. Tras expresar la que denomina *“recta interpretación de la cláusula en*

cuestión” manifiesta que dicha interpretación ha sido la mantenida por el Ayuntamiento de Parla desde que comenzó la ejecución del contrato y la tarifa se ha venido actualizando anualmente aplicando el factor de actualización previsto en la oferta que adjunta e insiste en que la actualización de la Tarifa Técnica desde el inicio de la explotación de la Concesión hasta el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de diciembre de 2015 ha sido controlada, aprobada y liquidada anualmente según la interpretación que ella aduce y destaca que la misma Intervención del Ayuntamiento de Parla emitió un informe de 21 de abril de 2015 manifestando su conformidad con la actualización de la Tarifa Técnica comunicada por la contratista, aprobándose posteriormente dicha actualización de la Tarifa por parte del Ayuntamiento de Parla, en virtud del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de mayo de 2015 que adjunta.

Finalmente invoca el principio de legalidad, de seguridad jurídica, de confianza legítima y la doctrina de los actos propios como límites a la facultad de interpretación del contrato en otros términos que no sean los mantenidos y aprobados por parte del Ayuntamiento de Parla desde el año 2007 con cita de una sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2012 y sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016.

El escrito de alegaciones se acompaña de diversa documentación.

5.- Tras las alegaciones del contratista, el 15 de enero de 2018 emite informe el viceinterventor, y el 19 de enero de 2018 emite informe el secretario municipal.

6.- Se constata en el expediente, que no se ha conferido trámite de audiencia al CRTM, y no se ha incorporado al procedimiento propuesta de resolución del órgano de contratación, lo que será objeto de examen en las consideraciones de derecho.

7.- El alcalde de Parla en escrito con registro de salida 13 de febrero de 2018, oficia al consejero de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno la solicitud de dictamen de este órgano consultivo sobre el expediente de interpretación de la cláusula 38.1 del PCAP.

El oficio menciona un acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de enero de 2018 por el que se acordó la suspensión del procedimiento y su notificación a la contratista, documentos que no han sido incorporados al expediente remitido a esta Comisión.

TERCERO.- No obstante la ausencia de la documentación hasta ahora reseñada, de los antecedentes hasta ahora expuestos resultaría que el expediente de interpretación contractual iniciado no se referiría a la interpretación de la cláusula 38.1 del PCAP en su totalidad, sino en concreto, a la interpretación de los factores de actualización de la tarifa de equilibrio y por tanto a:

“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%.

(...)

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%”.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del 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”.*

Tal como ha sido indicado, la solicitud de dictamen del alcalde de Parla se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA (“*Las solicitudes de dictamen de las Entidades Locales se efectuarán por los Alcaldes-Presidentes de las mismas, y se cursarán a través del Consejero competente en relaciones con la Administración Local*”).

SEGUNDA.- Según recoge la parte expositiva del contrato de concesión, el contrato se adjudicó por resolución del director gerente del

Consortio de Transportes de la Comunidad de Madrid de fecha 24 de mayo de 2005, por lo que en cuanto al fondo del asunto resulta de aplicación los preceptos contenidos 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 al procedimiento de interpretación del contrato, al ser aplicable la norma vigente en el momento de su inicio, que como hemos expuesto fue por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de noviembre de 2017, resulta de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

Por su parte, el artículo 210 del TRLCSP está dedicado a la prerrogativa de interpretar el contrato, con la tramitación contenida en el artículo 211 del TRLCSP, según el cual, deberá darse audiencia al contratista resultando preceptivo el informe del Consejo de Estado -u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva- cuando se formule oposición por parte del contratista.

En el caso que nos ocupa, el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora resulta preceptivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 211.3 del TRLCSP, al haberse formulado oposición por el contratista al acuerdo de inicio del expediente de interpretación del contrato.

Por su parte, 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 este caso, se ha emitido informe tanto por la Secretaría General del Ayuntamiento como por la Intervención del Ayuntamiento.

En cuanto a la competencia, según se desprende de la disposición adicional segunda del TRLCSP, corresponde al Pleno del Ayuntamiento como órgano de contratación, sin perjuicio de la existencia de que dicha competencia se encuentre delegada en la Junta de Gobierno Local por acuerdo de delegación adoptado en el Pleno.

No obstante lo anterior, en el presente caso, si bien a tenor de lo previsto en la cláusula 1 del PCAP que rige el contrato el CRTM sería el órgano de contratación, esta Comisión Jurídica Asesora desconoce la posible existencia de fórmulas de colaboración entre el Ayuntamiento de Parla y el CRTM en el aspecto que nos ocupa, al no haberse incorporado al expediente remitido a esta Comisión documentación al respecto, lo que impide su determinación.

En la tramitación del procedimiento, se ha otorgado audiencia al contratista, al que se notificó el inicio del expediente de interpretación del contrato oponiéndose a la interpretación que se propugnaba y concretó su oposición en el escrito de alegaciones de 12 de diciembre de 2017 y sin embargo, no se ha dado trámite de audiencia al CRTM.

Los informes de la Secretaría y de la Intervención del Ayuntamiento se han incorporado al procedimiento con posterioridad al trámite de audiencia conferido a la contratista.

En relación con la incorporación de informes después del trámite de audiencia es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora contenida entre otros en los dictámenes 97/16, de 12 de mayo; 332/16, de 21 de julio; 397/16, de 8 de septiembre; 516/16, de 17 de noviembre; 162/17, de 20 de abril; 170/17, de 27 de abril, y 198/17, de 18 de mayo, que la incorporación de informes, tras la realización del trámite de audiencia, no causa indefensión al contratista si no se introducen en ellos ningún hecho o cuestión nueva, como sucede en el caso que nos ocupa puesto que el informe de la Secretaría y la Intervención no hacen sino incidir en la interpretación que acoge el acuerdo de inicio del expediente de interpretación del contrato, sin introducirse cuestiones o hechos nuevos que pudieran resultar relevante para la resolución y la contratista ha podido alegar y probar lo que ha estimado oportuno en defensa de sus intereses, lo que impide que se entienda producida indefensión a la contratista.

En relación con el plazo para resolver el expediente contradictorio de interpretación del contrato, puesto que la legislación de contratos no establece un plazo específico, hay que acudir a la normativa reguladora del procedimiento administrativo. En nuestro caso, dado que el presente expediente se inició tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), resulta de aplicación el plazo general de tres meses previsto en el artículo 21.3 de la LPAC, a contar desde el acuerdo de inicio del expediente, plazo que puede suspenderse para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución –como es el informe de la Comisión Jurídica Asesora- por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe, tal y como establece el artículo 42.1.d) de la

LPAC, que exige la comunicación a los interesados, no solamente de la solicitud de informes sino también de la recepción de los mismos.

En este caso, el procedimiento se inició mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de noviembre de 2017 y el alcalde manifiesta en oficio de 9 de febrero de 2018 que la Junta de Gobierno Local el 25 de enero de 2018, acordó la suspensión del procedimiento y su notificación a la contratista, documentos de suspensión y comunicación que tal como ya ha sido manifestado, no han sido incorporados al expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora.

Por tanto, teniendo en cuenta que la solicitud del Ayuntamiento tiene fecha de registro de salida 13 de febrero de 2018, se puede considerar que es el momento en el que se hizo efectiva la suspensión del artículo 22.1 d) de la LPAC) al adquirir transcendencia externa al propio órgano solicitante (dictámenes 556/13, de 20 de noviembre y 478/14, de 12 de noviembre, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid), por lo que de haberse acordado la suspensión y realizado la comunicación a la contratista, el procedimiento no estaría caducado.

TERCERA.- Tal como ha sido señalado en antecedentes, en la tramitación del procedimiento no se ha dado trámite de audiencia al CRTM siendo parte interesada en virtud de lo previsto en el artículo 4.1.b) de la LPAC, por lo que procede sea conferido trámite de audiencia ya que su omisión llevaría aparejada su indefensión.

Asimismo, el órgano de contratación no ha formulado propuesta de resolución exigible conforme a lo dispuesto en el artículo 82 de la LPAC.

Propuesta de resolución que deberá elaborarse por el órgano de contratación en la forma que viene siendo exigida por esta Comisión Jurídica Asesora en nuestros Dictámenes 191/16, de 9 de junio, 327/17, de 3 de agosto y 489/17, de 30 de noviembre, entre otros, en

los que se señala que la propuesta de resolución *“ha de recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento con el objeto de permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen. Además, se ha de recordar la necesidad de motivar los actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos –artículo 35.1.a) de la LPAC-, lo que hace conveniente incluir en la resolución que en su día sea dictada (se supone que también en su propuesta) para culminar el procedimiento toda la fundamentación fáctica y jurídica de la misma, evitando abusar innecesariamente de la motivación in aliunde que, en cualquier caso, estricto sensu requeriría de la cita de aquellos documentos que la sirven de sostén”*.

El conocimiento de la postura final de la Administración consultante a través de la propuesta de resolución resulta relevante en todo caso, y en este procedimiento en particular, por la ausencia en el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora de la documentación reseñada, por la complejidad del procedimiento y por las sucesivas y diversas actuaciones llevadas a cabo en relación con el contrato que pudieran incidir en el expediente que nos ocupa y de las cuales esta Comisión Jurídica Asesora carece de la necesaria documentación.

La potestad de interpretación del contrato se fundamenta en la defensa del interés público, teniendo en cuenta, que al ser la Administración la redactora de los pliegos de condiciones contractuales, es por tanto, quien mejor conoce, y puede establecer cuál es el sentido que mejor se orienta a la satisfacción de aquel interés y cuyo objeto habrá de concretarse a los aspectos concretos de la cláusula 38.1 del PCAP cuya interpretación se pretende y ello con independencia de su repercusión económica.

Y deviene también necesario que sea el órgano de contratación el que formule la propuesta de interpretación, toda vez que el órgano consultivo no está llamado a elaborar propuestas de resolución, sino a valorar las elaboradas por la Administración consultante, ratificándolas o desautorizándolas aportando en este caso explícita o implícitamente una solución alternativa.

Se trata de un defecto esencial en orden a la posible emisión por esta Comisión del dictamen solicitado porque tratándose de dictámenes preceptivos, nunca se pronuncia en abstracto, sino que lo hace en relación con los contenidos dispositivos o decisorios concretos que la Administración pretende adoptar.

A lo dicho debe añadirse que la propuesta de resolución deberá contener todos los antecedentes de hecho debidamente documentados y la fundamentación jurídica que proceda con pronunciamiento expreso respecto a las alegaciones de la concesionaria.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la retroacción de actuaciones para que previa de audiencia al CRTM, se formule propuesta de resolución por el órgano de contratación sobre la que ha de dictaminar esta Comisión Jurídica Asesora acompañada de toda la documentación en la que se fundamente y deba ser tenida en cuenta en el expediente de interpretación contractual.

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 5 de abril de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 157/18

Sr. Alcalde de Parla

Pza. de la Constitución, 1 – 28982 Parla