

Dictamen n°: **271/19**
Consulta: **Alcalde de Madrid**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **20.06.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 20 de junio de 2019, sobre 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 de interpretación del contrato de *“Construcción, puesta en marcha y explotación de una planta de reciclaje de residuos sólidos urbanos con incineración”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante solicitud que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora el 27 de mayo de 2019, la alcaldesa de Madrid ha solicitado dictamen preceptivo de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid sobre la interpretación del contrato de *“Construcción, puesta en marcha y explotación de una planta de reciclaje de residuos sólidos urbanos con incineración”* (n° de expediente 131/98/00630, 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.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en sesión celebrada el día 20 de junio de 2019.

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

Con fecha 20 de julio de 1989 se elaboró el pliego de condiciones económico-administrativas que habrían de regir el concurso público de construcción, puesta en marcha y explotación de una planta de reciclaje de residuos sólidos urbanos, con una capacidad diaria de 500 Tm.

Según el pliego, el adjudicatario se comprometía a la construcción de la planta, previa elaboración del proyecto, en un período de 24 meses a contar desde la adjudicación del concurso y a la explotación de la planta por un período de 10 años.

En relación con el canon, el pliego establecía que el adjudicatario debía indicar en su oferta obligatoriamente el precio en pesetas por tonelada tratada y la posibilidad de *“presentar ofertas con variantes en las que se incluyan todo tipo de mejoras en las diferentes líneas de tratamiento y en todas ellas habrá de incluirse el precio en pesetas por tonelada”*.

El artículo 25 del pliego, bajo el título de desglose de la oferta económica, descomponía la oferta en siete apartados: mano de obra, amortización, conservación, mantenimiento, seguros, gastos generales y beneficio industrial. Además, incorporaba la obligación de desglosar en distintos conceptos el canon de tratamiento por tonelada ofertado, donde debía precisarse el porcentaje de amortización que incluía el canon.

En concreto, el canon se desglosaba de la siguiente manera:

- a) Mano de obra 12,57% 333,33 ptas/t
- b) Amortización 57,17% 1.516,02 ptas/t
- c) Conservación 6,23% 165,20 ptas/t
- d) Mantenimiento 5,64% 149,56 ptas/t
- e) Seguros 1,21% 32,08 ptas/t
- f) Gastos generales 3,27% 86,71 ptas/t
- g) Beneficio 14,27% 378,41 ptas/t

100% 2.651,80 ptas/t

El pago de las certificaciones se realizaría mensualmente, incluyendo el artículo 26 una fórmula de revisión del canon *“en el momento del comienzo”* de la explotación, porque *“desde la fecha de la apertura de plicas, que se toma como origen, hasta el comienzo de la explotación habrá pasado un tiempo relativamente grande”*, que serviría también *“para revisar los sucesivos cánones que se vayan dando cada año”*.

Por Acuerdo del Pleno de 28 de julio de 1989, se aprobó la convocatoria del concurso con vistas a la adjudicación del contrato.

Dragados y Construcciones, S.A., presentó una oferta con vistas a la adjudicación del contrato. En el punto 2.5.4 del tomo X, referido a las bases de precios, indicaba: *“El período de amortización aplicado a la solución formada por planta de tratamiento y planta incineradora de 1.200 t/d ha sido de 20 años, a partir de la terminación del período de garantía.*

Si el traspaso al Ayuntamiento se produjera con anterioridad a esa fecha, se liquidaría a la empresa la cantidad pendiente de amortizar en ese momento".

Con fecha 12 de enero de 1990, el representante de la referida licitadora presentó un documento de aclaración de su oferta.

El Pleno del Ayuntamiento, con fecha 28 de febrero de 1990 acordó adjudicar el contrato a la empresa Dragados y Construcciones, S.A. con una oferta con variante con incineración ubicación 1 opción B, al precio de 2.810,90 ptas/tm tratada, que sería abonada en la forma y plazos establecidos en los pliegos.

El contrato se firmó el 30 de julio de 1990. En sus cuatro únicas cláusulas se autorizaba a la empresa para la puesta en marcha de la incineradora con estricta sujeción a los pliegos de condiciones y a la oferta, se fijaba el precio del contrato en 2.810,90 ptas/Tm (IVA incluido) a abonar en la forma y plazos previstos en los pliegos.

En cuanto a la oferta, se describía como Oferta variante de 360.000 toneladas, con incineración, durante 20 años a partir del periodo de garantía (de 3 años), al precio de 2.651,80 ptas/Tm (sin IVA), 2.810,90 ptas/Tm (IVA incluido).

La denominada solución variante Ubicación 1ª, Opción A, descomponía el canon a aplicar hasta tanto entrara en funcionamiento la planta de recuperación energética, en los siguientes elementos:

a) Mano de obra 26,57% 412,71 ptas/t

b) Amortización 45,27% 703,32 ptas/t

c) Conservación 11,24% 174,71 ptas/t

- d) Mantenimiento 5,24% 81,54 ptas/t
- e) Seguros 0,48% 7,69 ptas/t
- f) Gastos generales 5,43% 84,50 ptas/t
- g) Beneficio 5,73% 89,23 ptas/t

100% 1.553,60 ptas/t

El 30 de mayo de 1990, el adjudicatario acreditó haber constituido la garantía definitiva del contrato mediante resguardo de la Caja General de Depósitos.

El 26 de junio de 1992 el Pleno del Ayuntamiento de Madrid autorizó la cesión del contrato a Tirmadrid, S.A., quedando esta última subrogada en la posición de la concesionaria original.

El 23 de febrero de 1993, una vez finalizados los trabajos de construcción de la planta, se suscribió el acta de recepción provisional de la planta de tratamiento integral de residuos sólidos de Madrid -fase de reciclaje y compostaje-.

En abril de 1993 comenzaron a prestarse los trabajos de tratamiento de residuos, y se procedió a partir de ese momento al pago del canon de 1.752,8 ptas/t, IVA incluido, más 100 ptas/t por el alquiler del terreno. Este coste incluía el canon de tratamiento efectuado en la planta de reciclaje y el coste del alquiler del terreno, si bien su cuantía se aprobó oficialmente el 23 de diciembre de 1993 mediante Acuerdo de Ayuntamiento Pleno. Dicho canon sería aplicable en tanto no entrase en funcionamiento la planta de recuperación energética (Planta de incineración).

Mediante Acuerdo del Pleno de 23 de diciembre de 1993 se aprobó el Modificado 1 del contrato, en cuya virtud se fijaba el canon de explotación en 1.752,8 h/Tm (IVA incluido). Dicho canon, según se decía, *“surtirá efectos como canon origen para las sucesivas actualizaciones del mismo que se efectúen en tanto no entre en funcionamiento la denominada Planta de Recuperación Energética, momento en que el presente acuerdo dejará de tener vigencia”*.

El 13 de junio de 1994, la concesionaria presentó el proyecto para ejecutar la planta de incineración ("Proyecto de Planta de Tratamiento de Residuos Sólidos Urbanos, 2ª fase: Recuperación Energética"), como complemento al proyecto de Planta de Tratamiento de Residuos Sólidos Urbanos.

En junio de 1996, se comenzó, por parte de la concesionaria, a incinerar, y, por parte del Ayuntamiento de Madrid, a abonarle el canon de 2.651,80 ptas/tonelada (sin IVA) por las toneladas sometidas a tratamiento integral.

En junio de 1997 se firmó el acta de recepción provisional de la Planta de Tratamiento Integral -Fase de recuperación energética-, comenzando a computarse desde dicho momento el periodo de garantía de tres años.

Transcurrido el periodo de garantía, el 5 de junio de 2000 se firmó el acta de recepción definitiva de la Planta de Tratamiento Integral.

Según indica el Ayuntamiento de Madrid, desde entonces se ha seguido pagando el canon integral por todas las toneladas tratadas, incluyendo el porcentaje de la amortización.

Posteriormente se habrían producido otras modificaciones que habrían variado los costes de explotación por sendos acuerdos del

Ayuntamiento Pleno de 24 de octubre de 2002, de la Junta de Gobierno de 21 de diciembre de 2006 y de la delegada de Medio Ambiente de 3 de mayo de 2011.

Por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de abril de 2009, se declaró que el plazo de duración de la concesión es de 20 años contados a partir del 5 de junio de 2000, es decir, que el plazo previsto para la finalización de la ejecución es el 5 de junio de 2020.

TERCERO.- El 12 de febrero de 2019, el director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez remitió al secretario general técnico del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad la Memoria técnico económica del expediente de Interpretación del Contrato (en adelante, “*la Memoria*”). En ella solicitaba que se determinasen cuáles son las obligaciones contractuales del Ayuntamiento de Madrid relacionadas con el pago de amortización de las inversiones realizadas por la empresa adjudicataria; el valor del canon, una vez satisfechas por parte del Ayuntamiento las obligaciones respecto al pago de la amortización, teniendo en cuenta que el canon que abona el Ayuntamiento cubre costes de explotación y de amortización de las inversiones, y la amortización abonada indebidamente y la forma de recuperar dicho abono. A la Memoria se le adjuntaba un anexo sobre las modificaciones del canon de tratamiento integral que se habían producido a lo largo de la explotación del contrato, así como la propuesta de decreto de interpretación del contrato.

Conforme a dicha propuesta, en fecha 21 de febrero de 2019, la delegada del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad (en adelante, “*la Delegada*”) acordó, con amparo en el artículo 18 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, en relación con el artículo 191 de Ley de

Contratos del Sector Público, incoar un procedimiento de interpretación del Contrato *“en relación al (sic) importe del canon de mantenimiento integral, una vez alcanzada la cuantía de la amortización prevista contractualmente”*.

Al día siguiente, la jefa del Servicio de Contratación dirigió un escrito a la contratista en el que se le daban cinco días hábiles para realizar alegaciones. En dicho escrito, se le informaba de que, previos los informes de la Asesoría Jurídica y de la Intervención General, se propondría a la Delegada la adopción de un decreto con el siguiente contenido:

“Primero. Interpretar [el Contrato], en relación al importe del canon de tratamiento integral, una vez cumplida la obligación contractual de pago de amortización prevista contractualmente, a propuesta de la Dirección General del Parque Tecnológico de Valdemingómez y de acuerdo con el dictamen de la Comisión Jurídica asesora de la Comunidad de Madrid.

Segundo. Considerar el valor de 27,459250€/t (sin IVA y actualizado con Kt 2018) como canon de tratamiento integral sin amortización, aplicable a las toneladas que se traten, una vez cumplida la obligación contractual de pago de amortización mediante el canon de tratamiento integral.

El importe del canon se revisará anualmente con la misma fórmula aplicada al canon de tratamiento integral con amortización, tal como se establece en el contrato.

Tercero. La obligación contractual de pago de amortización mediante el canon de tratamiento integral finalizó el 3 de agosto de 2016, cuando se alcanzó la cifra de 8.280.000 toneladas tratadas hasta ese día, por lo que deberá procederse a la correspondiente regularización de las

toneladas que, desde ese momento, se hayan seguido certificando aplicándoles el canon de tratamiento integral con amortización.

Cuarto. La cuantía abonada indebidamente se recuperará descontando la máxima cantidad posible de cada una de las certificaciones restantes hasta la finalización del contrato, sin perjuicio de la liquidación, en su caso, de la cuantía que quede por recuperar a la finalización del mismo.

Todo ello, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, en relación con la disposición transitoria primera del RO legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, y artículo 211 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

En fecha 7 de marzo de 2019, el representante de la contratista formuló el escrito de alegaciones. En el mismo, expuso resumidamente los siguientes argumentos: 1) vulneración del principio contradictorio y desnaturalización del trámite de audiencia, al estar predeterminada el contenido del decreto que se pretendía adoptar; 2) desviación de poder, al pretenderse realizar a través de la interpretación del contrato, una revocación de los derechos subjetivos de la concesionaria con omisión del procedimiento previsto para ello; 3) ejercicio abusivo de la potestad de interpretación del contrato, al haber precedido dos procedimientos dirigidos al mismo objeto que han sido declarados caducados debido a la inactividad del Ayuntamiento de Madrid; 4) incongruencia de la interpretación propuesta por la Administración, al ser contraria a sus actos propios manifestado en el anterior ejercicio de las potestades de interpretación y de modificación del contrato, con vulneración del principio de confianza legítima; 5) inadecuación del procedimiento de

interpretación del contrato para incorporar a la relación contractual una obligación económica de pago de la amortización que no estaba prevista en el contrato; 6) la amortización de la planta integral se realiza a lo largo de la total duración del contrato, según resulta de la oferta variante seleccionada por la contratista y aceptada por la Administración, y 7) inconsistencia interna de la pretensión modificar el precio del contrato so pretexto de una amortización anticipada, pues daría lugar a una prestación del servicio de modo gratuito entre el 1 de mayo de 2019 y el 5 de junio de 2020, fecha de finalización del contrato, y a que en esta última fecha la contratista fuera, además, deudora del Ayuntamiento de Madrid.

Acompañaba a su escrito diversa documentación relativa a la relación contractual, así como un informe emitido por un experto independiente de una conocida auditora, en el que se llegaba a la conclusión de que *“la última fecha de fin de amortización para los activos afectos a las inversiones realizadas por [la Contratista] en [el Contrato] es el 5 de junio de 2020”*.

Recibidas las alegaciones, se solicitó a la dirección del Parque Tecnológico de Valdemingómez la remisión de un informe de respuesta a las alegaciones de la contratista. Por medio de informe de 20 de marzo, el jefe del Departamento de Valorización Energética de Residuos, con el visto bueno del jefe de Servicio de Tratamiento y Eliminación de Residuos y la conformidad de la subdirectora general del Parque Tecnológico de Valdemingómez, dio respuesta a las últimas alegaciones de la contratista. Siguiendo el mismo orden en que han sido resumidas las alegaciones, se pueden sintetizar del siguiente modo las respuestas dadas en el informe de referencia: 1) El avanzar el texto del decreto de interpretación al otorgar la audiencia al contratista, no implica que no se vayan a tener en cuenta sus alegaciones. 2) Tal como está configurado el abono de la amortización en el contrato, como un porcentaje incluido en el canon de

explotación de la planta que se expresaba en función del número de toneladas tratadas, nunca puede constituir un derecho subjetivo de la contratista el abono del importe de la amortización por encima de lo establecido. 3) La caducidad de los anteriores expedientes de interpretación del contrato se debe a la complejidad de este y a la necesidad de obtener los informes de la Asesoría Jurídica, de la Intervención y de la Comisión Jurídica Asesora. 4) La doctrina de los actos propios implica precisamente que se siga adelante con la misma iniciativa que ya dio lugar a los procedimientos caducados. 5) Existe una laguna en el contrato en relación con lo que debe ocurrir cuando el Ayuntamiento ha terminado de pagar la amortización de las instalaciones, puesto que carecería de sentido que el coste de la infraestructura aumentara con el número de unidades tratadas, y para colmarla se ha echado mano del procedimiento de interpretación del contrato en vez de acudir a la vía de los hechos ocasionando una posible indefensión a la contratista. 6 y 7) Serán objeto de comentario aparte.

Con respecto a la alegación sexta, en el informe de respuesta a las alegaciones se contienen, entre otras, las siguientes consideraciones:

<<Es importante dejar claro cuáles son los 3 puntos de la oferta (2.2, 2.4 y 2.5.4 del Tomo X) que afectan a la amortización, en relación con lo manifestado por [la contratista]:

1) El apartado 2.2 "Inversión y Amortización de la Construcción" del tomo X de la oferta, establece lo siguiente:

Presupuesto Planta: 1.572.088.195 Ptas (9.448.440,34 €).

Presupuesto Incineración: 6.185.750.000 Ptas (37.177.106,25 €).

Amortización: 1.437.600.000 Ptas / año (8.640.150,01 €/año).

2) El punto 2.4 del Tomo X de la oferta establece el pago de un canon de 2.810,90 ptas /tonelada (IVA 6% incluido), que se desglosa de la siguiente manera:

Mano de obra 12,57% 333,33

Amortización 57,17% 1.516,03

Conservación 6,23% 165,20

Mantenimiento 5,64% 149,56

Seguras 1,21% 32,08

Gastos Generales 3,27% 86,71

Beneficios 14,27% 378,41

TOTAL SIN IVA 100% 2.651,80 ptas/t

correspondiendo a la amortización el 57,17% (1.516,03 ptas por tonelada).

3) Y, en el punto 2.5.4 del Tomo X (Bases de precios), se explica que "el periodo de amortización aplicando la solución formada por planta de tratamiento y planta incineradora de 1.200 t/día ha sido de 20 años, a partir de la terminación del periodo de garantía. Si el traspaso al Ayuntamiento se produjera con anterioridad a esa fecha, se liquidaría a la empresa la cantidad pendiente de amortizar en ese momento".

Es decir, mientras se cumplan las condiciones contractuales de tiempo (20 años a partir del periodo de garantía) y de toneladas (1.200 t/día), que es lo mismo que 360,000 t/año, el régimen económico de explotación de la planta integral que afecta al Ayuntamiento es exclusivamente el pago del canon.

Además, en el régimen económico se debe incluir la cuota anual de amortización de 1.437.600.000 ptas /año (punto 2.2 del Tomo X) y el periodo de amortización de 20 años a partir del periodo de garantía (punto 2.5.4) al objeto de que, en el caso de que no se cumplieran las condiciones contractuales de toneladas o tiempo, se pueda calcular la indemnización que le correspondería pagar al ayuntamiento. Es decir, como dice el propio punto 2.5.4, "se liquidaría a la empresa la cantidad pendiente de amortizar en ese momento", frase que, a pesar de su importancia, extrañamente, no ha sido transcrita en el punto 3 de esta alegación. (...)

Por otro lado, la empresa pretende que se realice el pago de la amortización hasta junio de 2020, independientemente de que se haya alcanzado ya la cifra total a amortizar que le corresponde al Ayuntamiento. [La contratista] no quiere aceptar que el coste de una infraestructura es fijo (no puede variar según el número de toneladas tratadas realmente). Sí que varía el coste de explotación y mantenimiento, claro, pero no el de las instalaciones. Aquí repetimos el argumento esgrimido anteriormente: No tiene sentido que el coste de una infraestructura aumente con el número de unidades tratadas. ¿Acaso la cuantía de amortización de una autopista de peaje varía según el número de coches que circulan por ella? Una cosa es la amortización de las instalaciones, y otra muy distinta la explotación y mantenimiento de las mismas.

Precisamente, en el punto 8 de esta alegación, [la contratista] pone como ejemplo los cánones aprobados en 2006 para pagar la explotación y la infraestructura de los nuevos catalizadores instalados. Mientras el pago por explotación variaba con las toneladas tratadas, el de la amortización era fijo (canon amortización mensual 144.194,94 €/mes). Y mientras que el pago de la amortización finalizó

el 31 de marzo de 2013, el pago de la parte de explotación de los catalizadores de NOx se continúa pagando.

Algo totalmente lógico y que reafirma el hecho de que la amortización a pagar es un valor fijo”.

Una vez rechazado argumentalmente lo alegado hasta ahora, los puntos siguientes de esta alegación carecen de fundamento válido, ya que [la contratista] *“continúa pretendiendo que la obligación del Ayuntamiento sea sufragar todo el coste de la amortización de la planta (que ascendería a más de 172 o 198 millones de euros, si se pagara la cuota anual de 1.437.600.000 ptas durante 20 o 23 años respectivamente).*

Olvida [la contratista] algo fundamental previsto en la oferta presentada en su día por la empresa adjudicataria: que la amortización debe ser sufragada por el canon que paga el ayuntamiento (hasta un límite de 360.000 toneladas x 23 años) y por los otros ingresos con los que cuenta la empresa concesionaria.

Vista esta alegación, parece necesario recordar y dejar claro que existen otros ingresos para que la empresa afronte el pago de los costes de operación, además de la financiación de las inversiones realizadas (con la cuota anual de 1.437.600.000 ptas).

Por ello, a continuación se explica cuál es el mecanismo de recuperación de los costes y de la inversión de la construcción previsto en la oferta, mediante los ingresos obtenidos:

Recuperación de los costes y de la inversión de la construcción mediante los ingresos obtenidos.

En este punto se va explicar cómo la oferta prevé recuperar todos los costes y la inversión realizada, mediante:

- *la venta de los productos recuperados (chatarra, plástico, cartón, etc.),*
- *la venta de la energía excedente y*
- *el canon de tratamiento integral. (...)*

Resulta un balance neto positivo de 274,71 millones de pesetas/año.

Lo cual justifica que los ingresos previstos cubren todos los gastos previstos, incluida la amortización.

Por lo tanto, según los datos presentados en el Tomo X de la oferta, esta preveía que una parte de la amortización total se cubriese con el 57.17% del canon (recordar el desglose del canon) y la parte restante de la amortización debía cubrirse con los otros dos ingresos (venta de los productos y de la venta del exceso de la energía), que dependen de los rendimientos de la planta.

Esto último la oferta lo deja a "riesgo y ventura", aplicando el planteamiento que en la oferta se denomina "Economía libre":

“Economía Libre: Donde [la contratista originaria] parte de unos porcentajes de recuperación medios y de una venta de productos medios dejando el compost a un precio bajo. Asumiendo entonces todas los riesgos de la explotación y comercialización. Si la venta del compost mejora y supera el precio indicado, / Dragados y Construcciones / S.A. comparte esta mejora de la venta del compost con el Ayuntamiento de Madrid”.

(...) Y, en cuanto a amortización de las instalaciones, el Ayuntamiento sigue defendiendo que lo que al consistorio le corresponde pagar de la amortización total de la planta es también un precio cierto: el resultante de multiplicar 360.000 toneladas/año X (0,5717 X 2;651,80) ptas/tonelada X 23 años>>.

Por lo que se refiere a la respuesta a la alegación 7), en la parte más destacable, se viene a afirmar:

<< [La contratista] dice que si se hubieran tratado exclusivamente las toneladas estimadas para la presentación del canon (360.000 anuales), habría habido que esperar hasta el año 2019 para tratar el número de toneladas totales estimadas (8.280.000 t).

Esta afirmación es cierta e implica que, aunque no se hubieran excedido el número de toneladas comprometidas (que sí se han excedido), no habría que esperar hasta la finalización del contrato (junio 2020) para satisfacer el pago por la amortización correspondiente al Ayuntamiento, como dice [la contratista] en el punto 4 de la alegación anterior.

Pero, además, la realidad ha sido muy distinta, y las toneladas tratadas excedieron año tras año el valor de 360.000 toneladas. Durante los primeros 12 años se trataron cantidades que superaban las 430.000 toneladas y, sólo durante los últimos años, la cantidad se ha aproximado a las 360.000 toneladas, aunque siempre se han superado.

Y, por esas toneladas que excedían se ha estado pagando un canon integral, del cual, más de la mitad (57,17%) correspondía a amortización de las instalaciones, sin que el concesionario advirtiera que la situación fuera irregular.

Por lo tanto, se puede entender que el Ayuntamiento ha pagado el coste correspondiente de explotación (conservación, mantenimiento, personal, seguro, etc.) por cada una de esas toneladas excedentarias y, además, el Ayuntamiento ha adelantado a la empresa el pago de la amortización que le corresponde sin que el concesionario pusiera objeción alguna.

En cuanto a lo que se dice sobre la prestación gratuita desde el 1 de mayo de 2019, el Ayuntamiento sí tiene la obligación de seguir pagando por las toneladas tratadas el canon que se apruebe en este expediente de interpretación de contrato, así como el resto de cánones aprobados. Además se seguirá pagando a [la contratista] la compensación correspondiente por la energía que la empresa venda por debajo del precio acordado. Eso no impide que el Ayuntamiento deba regularizar el contrato descontando de las .certificaciones a abonar los importes indebidamente pagados.

Otra opción que evitaría lo erróneamente llamado por [la contratista] la "prestación gratuita" es que [la contratista] hiciera frente al pago del importe total de lo cobrado indebidamente y las certificaciones irían sin descuento alguno>>.

Asimismo, por parte de la Delegada se procedió en fecha 25 de marzo de 2019 a suspender el plazo para resolver el procedimiento entre la solicitud de informe a la Asesoría Jurídica, que se realizó en esa misma fecha, y su recepción. La comunicación del acuerdo de suspensión a la contratista se produjo el 3 de abril.

Mediante escrito de 16 de abril, el representante de la contratista formuló recurso de reposición contra la suspensión del procedimiento, al considerar que el informe de la Asesoría Jurídica no resultaba preceptivo.

Con fecha 24 de abril, la Asesoría Jurídica, por medio de una letrada consistorial, emitió un extenso informe en el que defendía la adecuación del procedimiento de interpretación del contrato a los efectos pretendidos por la Administración, así como la existencia de una obligación de pago de la amortización por parte de la Administración en la que se han de aplicar los parámetros base de la oferta del adjudicatario, consistentes en 23 años y 360.000 toneladas a tratar anualmente, por lo que la obligación de pago de la amortización por parte del Ayuntamiento de Madrid se

había cumplido al llegar a los 8.280.000 toneladas en fecha 3 de agosto de 2016. Señalaba finalmente que, bajo su criterio, no existía óbice jurídico a la acumulación al procedimiento de interpretación de un incidente en orden a la regularización de las cantidades indebidamente pagadas.

En esa misma fecha, se recabó el parecer del interventor delegado en Medio Ambiente y Movilidad, siendo emitido informe de conformidad en el mismo día de la solicitud.

A continuación, se incorporó al expediente administrativo del procedimiento de interpretación del contrato una propuesta de resolución del director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez, de fecha 26 de abril de 2019, en la que se interpretaba el contrato conforme a lo señalado en el acuerdo de incoación del procedimiento. Asimismo, se incorporaba a la propuesta un cuadro sobre el estado actual de las obligaciones económicas derivadas del contrato (toneladas abonadas con canon de tratamiento integral vs. toneladas tratadas desde el origen entre 1996 y 2018), del que resultaba que en la fecha del 3 de agosto de 2018 se había alcanzado la cifra de 8.280.000 toneladas abonadas con canon de tratamiento integral, cumpliendo el compromiso del Ayuntamiento de Madrid en relación con el pago de la amortización de las inversiones efectuadas por la contratista, de forma que habría de llevarse a cabo la recuperación de los abonos realizados indebidamente desde dicha fecha descontando los importes que resulten necesarios de cada una de las certificaciones restantes hasta la finalización del contrato, sin perjuicio de la liquidación, en su caso, de la cuantía que quede por recuperar a la finalización del mismo. La propuesta concedía a la contratista un nuevo trámite de audiencia por plazo de cinco días hábiles.

En la misma fecha del 26 de abril, la jefa del Servicio de Contratación del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad comunicó a la contratista que el informe de la Asesoría Jurídica se había

recibido el 24 de abril, produciéndose por tanto el levantamiento de la suspensión del plazo para resolver el procedimiento.

Dentro del mismo 26 de abril de 2019, se notificó a la contratista el otorgamiento del trámite de audiencia. Su representante, en fecha 29 de abril, compareció en las dependencias municipales a efectos de tomar vista del expediente, solicitando la ampliación del plazo de alegaciones, que le fue denegada por acuerdo de la jefa del Servicio de Contratación de 3 de mayo.

Previo informe de la jefa del Departamento de Gestión Económica y Administrativa del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad y a propuesta del director general del Parque Tecnológico de Valdemingómez, por Decreto de la Delegada de 8 de mayo de 2019 se desestimó el recurso de reposición formulado por la contratista contra la suspensión del procedimiento. En la fundamentación de la resolución, se hacía referencia a que el carácter preceptivo del informe de la Asesoría Jurídica municipal en los procedimientos de interpretación de contratos se derivaba de lo previsto en la disposición adicional tercera, punto 8^a, de la LCSP, en relación con lo dispuesto en su letra e) en relación con los municipios de gran población; en el artículo 114.3 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, y en el artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. La parte dispositiva del decreto informaba a la interesada de la posibilidad de formular recurso contencioso-administrativo contra el mismo.

Ya en fecha 9 de mayo, el representante de la contratista formuló el escrito de alegaciones correspondiente al segundo trámite de audiencia. En el mismo, volvió a incidir en: 1) El defecto de tramitación que implicaba no haber accedido a la suspensión del procedimiento. 2) La

vulneración del derecho de audiencia por el limitado plazo concedido, y no ampliado, para la formulación de alegaciones, así como por el hecho de concederla después, y no antes, de la formulación de la propuesta de resolución. 3) Inadecuación del procedimiento de interpretación del contrato para determinar aspectos fácticos de contenido económico, como son el cálculo de la amortización de las inversiones realizadas y la fijación del importe del canon que pudiera resultar. 4) Ejercicio desviado de la prerrogativa de interpretación del contrato al pretender amparar en ella la revocación de actos declarativos de derechos omitiendo el procedimiento legalmente establecido para ello. 5) Ejercicio abusivo de la potestad de interpretación del contrato, al haber precedido dos procedimientos dirigidos al mismo objeto que han sido declarados caducados debido a la inactividad del Ayuntamiento de Madrid. 6) Incongruencia de la interpretación propuesta por la Administración, al ser contraria a sus actos propios manifestados en el anterior ejercicio de las potestades de interpretación y de modificación del contrato, con vulneración del principio de confianza legítima. 7) La amortización de la planta integral se realiza a lo largo de la total duración del contrato, según resulta de la oferta variante seleccionada por la contratista y aceptada por la Administración. 8) Los cálculos realizados con vistas a la regularización de las cantidades pretendidamente adeudadas por la contratista, no le permitirían la recuperación de las inversiones efectivamente realizadas.

Acompañaba a su escrito un informe emitido por un experto independiente de una conocida auditora, en el que se llegaba a la conclusión de que *“la última fecha de fin de amortización para los activos afectos a las inversiones realizadas por [la Contratista] en [el Contrato] es el 5 de junio de 2020”*.

El último documento que forma parte del expediente es un informe de 16 de mayo de 2019, emitido por el jefe del Departamento de Valorización Energética de Residuos con el visto bueno del jefe de Servicio

de Tratamiento y Eliminación de Residuos y la conformidad de la subdirectora general del Parque Tecnológico de Valdemingómez, en que se respuesta a las últimas alegaciones de la contratista. En concreto, se indica: 1) El carácter preceptivo del informe de la Asesoría Jurídica vendría basado en la normativa a que aludía el Decreto de la Delegada de 8 de mayo de 2019. 2) El plazo de cinco días hábiles en orden a la concesión del trámite de audiencia viene previsto en el artículo 97 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y el hecho de que la concesión del trámite de audiencia y la propuesta de resolución coincidan en la misma fecha responde a los principios de celeridad y eficacia y, según el Dictamen 299/18 de este órgano consultivo, en ningún caso constituye una vulneración de los principios de audiencia y contradicción. 3) Será objeto de comentario aparte. 4) Tal como está configurado el abono de la amortización en el contrato, como un porcentaje incluido en el canon de explotación de la planta que se expresaba en función del número de toneladas tratadas, nunca puede constituir un derecho subjetivo de la contratista el abono del importe de la amortización por encima de lo establecido. 5) La caducidad de los anteriores expedientes de interpretación del contrato se debe la complejidad de este y a la necesidad de obtener los informes de la Asesoría Jurídica, de la Intervención y de la Comisión Jurídica Asesora. 6) La doctrina de los actos propios implica precisamente que se siga adelante con la misma iniciativa que ya dio lugar a los procedimientos caducados. 7) La amortización de la planta integral ejecutada se realiza linealmente, a lo largo de la totalidad de la duración del contrato, según resulta de la oferta variante seleccionada a través del acto de adjudicación, según resulta de la contabilidad de la concesionaria. 8) Resultando haber sido el coste real de las inversiones efectuadas notoriamente superior al que fue tomado en consideración al elaborar los cálculos que permitieron a la concesionaria presentar su oferta, en ningún caso procedería la minoración del canon entretanto, a través del mismo, no se recupere el importe de las amortizaciones.

Por lo que se refiere a la respuesta a la alegación 3, el informe de referencia señalaba textualmente:

<<Indica la empresa que "ninguna de las circunstancias anteriormente mencionadas (cuál haya de ser el importe de la amortización, cuándo haya de entenderse producida la misma, qué canon hubiere de resultar una vez alcanzada presuntivamente la amortización) constituyen declaraciones de voluntad cuyo alcance sea susceptible de interpretación".

Esta alegación, referida a la inadecuación del procedimiento de interpretación, ya ha sido planteada de forma reiterada y recurrente por la empresa, y su contestación no puede ser otra que reiterar la sustentada Consideración Jurídica Primera del informe de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento que consta en el presente expediente y en virtud del cual queda acreditada la legalidad de utilización del procedimiento de interpretación "en tanto en cuanto, no se trata de variar un elemento del contrato ni de establecer obligaciones no recogidas en el mismo, sino de determinar, con arreglo a los pliegos y a la oferta del contratista, cuál sea el alcance de una de las obligaciones de la Administración, satisfacer la amortización de las inversiones efectuadas, obligación respecto de la que existe discrepancia con el mismo, y sobre la que no existe una determinación clara en los pliegos".

Continúa justificando el informe de Asesoría que "el hecho de que el canon sea un elemento objetivo no implica que no exista oscuridad en cuanto al alcance de la obligación de amortización. Es decir, el objeto de la interpretación no es el canon en sí mismo, sino, [...] el alcance de dicha obligación, con independencia de que una vez determinado el mismo, los efectos de la interpretación afecten al canon".

Asimismo, hay que hacer notar que hasta en dos ocasiones, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (Dictamen 299/18 de 28/06/2018 y Acuerdo 8/18 de 27/09/2018) se ha pronunciado sobre este expediente de interpretación, sin que haya manifestado, en ninguno de ellos, la improcedencia de utilización de este procedimiento en los términos en los que se ha propuesto por el órgano de contratación.

Atendiendo a las razones expuestas y en base a los argumentos manifestados por Asesoría Jurídica, sobradamente conocidos por la empresa concesionaria, se considera que la presente alegación debe ser desestimada>>.

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 al amparo del artículo 5.3.f) e. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada, entre otros casos, en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas de su ámbito territorial sobre interpretación, nulidad y extinción de concesiones administrativas, cuando se formule oposición por parte del concesionario.

La solicitud de dictamen de la alcaldesa de Madrid se ha hecho llegar a la Comisión Jurídica Asesora a través del vicepresidente consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3 c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 de dicho reglamento.

SEGUNDA.- Antes de entrar en el examen del procedimiento y del fondo del asunto, debe examinarse cuál es la legislación aplicable al presente contrato.

El contrato de cuya interpretación se trata, es un contrato especial sometido al Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril.

En concreto, su artículo 18:

“Los contratos del Estado que reconozcan un objeto diferente de los enumerados en el artículo primero de esta ley, como los de compraventa de inmuebles, de muebles que no tengan la consideración de suministros, préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, explotación patrimonial, laborales o cualesquiera otros se regirán por sus normas privativas y, en su defecto, se observarán las reglas siguientes:

Cuando se trate de contratos que según su naturaleza deban quedar sometidos al ordenamiento jurídico-administrativo, este funcionará como derecho supletorio, siendo peculiarmente aplicables con tal carácter las normas contenidas en esta Ley.

Si la naturaleza del contrato excluye la aplicación en general del ordenamiento jurídico-administrativo se observarán no obstante los principios establecidos en esta Ley sobre competencia y procedimiento a falta de reglas específicas al respecto sin perjuicio de acudir como Derecho supletorio a las leyes civiles o mercantiles”.

Dicha normativa es aplicable al presente contrato en virtud de su fecha de adjudicación (28 de febrero de 1990), en aplicación de la disposición transitoria primera 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 (LCSP 2017), en su apartado 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 modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

Si esa es la normativa aplicable al fondo del asunto, sin embargo, en materia de procedimiento -en este caso de interpretación contractual-, la regulación a tomar en consideración es la vigente al tiempo de iniciarse tal procedimiento (21 de febrero de 2019). En este sentido, la aplicación de la disposición transitoria primera de la LCSP 2017 antes citada, implica aplicar la normativa vigente en el momento de la adjudicación del contrato solo en lo concerniente a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos (en dicho sentido, con respecto a las normas equivalentes de la legislación de contratos precedente, los dictámenes 9/16, de 14 de abril y 97/16, de 12 de mayo, de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid).

En cuanto a la competencia para acordar la resolución, el artículo 190 de la LCSP 2017 dispone que dentro de los límites y con sujeción a

los requisitos y efectos señalados en dicha ley, los órganos de contratación ostentan, entre otras, la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos.

TERCERA.- La importancia de que la interpretación que haya de darse al contrato sea establecida previa la tramitación del correspondiente procedimiento ya ha sido destacada por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid en el Dictamen 559/16, de 15 de diciembre, seguido precisamente en relación con otro de los cánones establecidos en el mismo contrato que da origen al presente dictamen. En él, se resaltaba 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.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191 de la LCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución (al que se equipara la caducidad de una concesión), cuando se formule oposición por parte del contratista. La contratista se ha opuesto a la resolución del contrato, lo que hace necesario el dictamen de este órgano consultivo.

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, 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 la actualidad, esta obligación se establece en la disposición adicional tercera de la LCSP 2017 que, en su apartado 8 impone la necesidad de recabar el informe del secretario del Ayuntamiento en los procedimientos tendentes a la interpretación del contrato. Aclara ese

mismo apartado, en su segundo párrafo, que, conforme a lo dispuesto en la letra e) de la disposición adicional octava de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladoras de las Bases del Régimen Local, en los municipios de gran población, caso del Ayuntamiento de Madrid, corresponderá al titular de la Asesoría Jurídica la emisión del correspondiente informe, que ha sido emitido en el procedimiento al que se refiere la consulta. Del mismo modo, ha emitido informe la Intervención municipal, también con carácter favorable a la resolución del contrato.

En particular, el artículo 191.1 de la LCSP 2017 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia a la contratista, cosa que se ha hecho en el procedimiento que nos ocupa por dos veces, habiendo presentado aquella el escrito de alegaciones que ha tenido por conveniente.

Una sostenida doctrina de este órgano consultivo viene afirmando la falta de necesidad de repetir el trámite de audiencia conferido con carácter previo a la incorporación de diversos informes a los procedimientos de resolución, interpretación y de modificación del contrato, cuando, al no haberse introducido a través de ellos hechos o cuestiones nuevas en el sentido de sustanciales y diferentes de los que ya hubieran sido reflejados por el órgano administrativo correspondiente con carácter previo a la audiencia dada, no se deba considerar que le hayan producido indefensión. En dicho sentido se manifestó ya el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, entre otras muchas ocasiones, en los dictámenes 331/11, de 22 de junio; 374/11, de 6 de julio; 604/11, de 2 de noviembre, y 410/13, de 25 de septiembre. Posteriormente, y como ya hemos dicho, esta Comisión Jurídica Asesora ha asumido la misma posición, siendo muestra de ello, entre otros de posible cita, los dictámenes 516/16, de 17 de noviembre; 315/17, de 27 de julio; 399/17, de 5 de octubre o 26/18, de 25 de enero. En ellos, venimos declarando que, *“si dichos informes no introdujeran ningún hecho nuevo sino que*

incidieran en las mismas causas de resolución y efectos consignados en el acuerdo de incoación del expediente de resolución del contrato, habría de considerarse que no se causaba indefensión a la empresa adjudicataria y al avalista” (Dictamen 26/18, de 25 de enero).

En el caso que se nos somete a consulta, consta que, después del segundo trámite de audiencia a la contratista que ha de tomarse por definitivo, se ha incorporado al procedimiento un informe que ilustra al órgano competente para resolver sobre las alegaciones de la contratista y sendos informes de la Asesoría Jurídica y de la Intervención. Sin embargo, en el informe de referencia no se introducen nuevos hechos o elementos de discusión al procedimiento, como revela la coincidencia esencial de sus argumentos con el primer informe de respuesta a las alegaciones de la contratista, sobre el que sí ha tenido oportunidad de manifestarse esta última.

Por otra parte, 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).

Debe recordarse que el plazo a tener en cuenta como tope máximo para la resolución del procedimiento, al no preverse un plazo específico en la normativa de contratos de las Administraciones Públicas, sería de tres meses en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21.3 de la misma LPAC.

En el caso examinado, se observa que, desde la fecha de inicio del procedimiento (21 de febrero de 2019) hasta la fecha de solicitud de dictamen a este órgano consultivo, no han transcurrido más de tres meses, teniendo en cuenta la suspensión del plazo del mismo acordada para recabar dictamen de la Asesoría Jurídica acordada con fecha 24 de abril con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, cuya comunicación se cursó el día 27 siguiente a tenor de la documentación que nos ha sido remitida.

En cambio no consta que por parte de la Administración que remite la consulta se haya procedido a la suspensión del plazo para resolver al solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, lo cual resulta incomprensible habida cuenta de la importancia que parece revestir el procedimiento para los intereses municipales, de que ya en dos veces anteriores se han declarado caducados sendos procedimientos tramitados con el mismo objeto y de que el propio Ayuntamiento era consciente de la conveniencia de proceder a la suspensión del procedimiento, según se deduce de la nota interna de la jefa del Departamento de Gestión Económica y Administrativa que consta al folio 417 del expediente administrativo, en la cual se hace referencia a la posibilidad de adoptar dicha prevención al remitir el expediente a este órgano consultivo, “*si se considera oportuno*” (sic).

En cualquier caso, la caducidad del procedimiento no sería obstáculo a la instrucción de uno nuevo, si bien ha de advertirse que cada vez queda menos tiempo para la finalización del periodo de ejecución del contrato.

CUARTA.- El origen de la controversia surgida entre las partes en torno a uno de los elementos del canon de tratamiento integral, lo vincula el Ayuntamiento de Madrid a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección 3, de

21 de abril de 2009, dictada en el Recurso 992/2003. En ella, las partes de la relación contractual discutieron en torno a una modificación aprobada por el Ayuntamiento de Madrid con fecha 24 de octubre de 2002, siendo el epicentro de la controversia el plazo de duración del contrato. La Sala estimó, en contra de lo sostenido por la Administración, que el plazo de duración del mismo, según se deducía de los términos literales del mismo, era de veinte años a partir de la recepción definitiva. Resumidamente, una vez que se produjo la recepción provisional de los trabajos, comenzó un plazo de garantía de tres años que finalizó el 5 de junio de 2000, momento a partir del cual se computaba el plazo del periodo de explotación que es de veinte años y finalizará el próximo 5 de junio de 2020.

Considera la Administración contratante que, con este plazo, se ha producido un desfase en el pago del elemento de porcentaje de amortización incluido en el canon de tratamiento integral y que, conforme a la duración que resulta de la precitada sentencia, próximamente, y en todo caso con carácter previo a la extinción de la relación contractual, se habrá producido la total recuperación de las inversiones efectuadas por parte de la contratista. De esta forma, una vez que se haya producido la amortización total, si la Administración continuara pagando una cantidad por la amortización, se produciría un enriquecimiento injusto en beneficio de la mercantil. Es por ello por lo que propone que, una vez que se realice la amortización total, que cifra en una cantidad de 153.439.828,90 €, el canon de tratamiento integral deberá ser abonado sin incluir en él ninguna cantidad o porcentaje de amortización.

En cambio, la contratista considera que, el pretender separar el plazo de amortización del plazo de duración del contrato atenta contra la documentación que rige la ejecución del contrato, que fija en veinte años a contar desde la conclusión del periodo de garantía, el tiempo en que se estará realizando la amortización.

En nuestro anterior Dictamen 559/16, relativo a otro de los cánones previstos en el contrato, que la memoria técnico-económica previa al procedimiento de interpretación en el que se enmarca la actual consulta, denomina canon de incineración de rechazo para distinguirlo del que actualmente nos ocupa, al que identifica como canon de tratamiento integral de origen, comenzamos el análisis del fondo del asunto, esto es, de si la interpretación que planteaba la Administración contratante debía considerarse correcta, abordando un aspecto liminar planteado por la contratista, que era precisamente la inadecuación del procedimiento de interpretación del contrato al entender aquel que, en rigor, lo que procedía, si acaso, era su modificación.

En aquella ocasión, sin perjuicio de resaltar la tenue separación entre ambas figuras en el caso que se planteaba, nos decantamos por la posibilidad de aclarar un aspecto relativo al canon de incineración de rechazo, en concreto el concerniente a la determinación de una nueva fórmula de computación del precio de la energía eléctrica, por dos razones.

La primera de ellas apelaba a evolución histórica del propio contrato, en el que la imposibilidad de aplicar el régimen jurídico existente quedaba plasmada, si no en el momento en que se procedió a la firma del contrato, en las diversas modificaciones que se habían ido realizando durante su vigencia y ejecución. Por ello, indicábamos que la potestad de interpretación del contrato tiene por objeto salvar las dudas o lagunas que se produzcan en su ejecución, cuando el interés público pueda resultar afectado por su persistencia. En esta hipótesis encajaba el supuesto que se planteaba, ya que precisamente se producía una laguna en las cláusulas contractuales, y la iniciativa de la Administración contratante en el sentido de dotar nuevamente de sentido a la cláusula correspondiente, conducía al correcto desarrollo de la relación entre las partes y a la obtención del objeto contractual.

Apuntábamos también que, sin perjuicio de que durante los años que mediaron entre la derogación del régimen de determinación del precio de la energía eléctrica y la incoación del procedimiento de interpretación, hubiera sido posible el funcionamiento del contrato, no era deseable perpetuar una situación de provisionalidad e indefinición en la que en cualquier momento podía llegar a surgir una discrepancia entre las partes que, por su falta de cobertura en los términos del contrato, podía producir una situación de dificultad en la ejecución del contrato, esto es, en la obtención de su objeto por parte de la Administración. Desde este punto de vista, mediante la interpretación que se promovía, se atendía al designio de vuelta a la normalidad del contrato.

Como segunda razón para estimar adecuada la vía de la interpretación del contrato, llamábamos la atención sobre un elemento interpretativo de la mayor importancia, que es la conducta de las partes en la ejecución del contrato. En aquel caso, de la documentación remitida se deducía que, durante años, se había estado negociando entre las partes al punto de haber rechazado la contratista hasta dieciséis propuestas hechas llegar por la Administración municipal, es decir, que había un aspecto sobre el que ambas partes, con su conducta anterior a la incoación del procedimiento de interpretación, ponían de manifiesto que, en efecto, existía un elemento de la documentación contractual que requería ser interpretado.

En contraste con ello, en el caso que se nos somete a dictamen, nos encontramos con que, llegados ya a la fase final de la vida del contrato, la entidad local contratante estima que existe un aspecto que, por su indefinición, requiere ser integrado a través del correspondiente procedimiento.

Para centrar la cuestión, estimamos aconsejable atender a la visión clásica de la jurisprudencia sobre la potestad de interpretación del contrato. Conforme a la misma, la finalidad en cuya virtud es dable su

ejercicio reside en *“evitar el perjuicio para el interés público que se seguiría de la interrupción de la prestación del servicio público en tanto se despejan las dudas”* (SSTS de 8-10-1999, Ar. 9027, y 15-2-1999, Ar. 915, y STSJ Cataluña de 23-5-2001, JUR 245329). Es decir, que, como toda potestad, al producir una suerte de intervención sobre los derechos e intereses de los particulares, está sujeta a un ejercicio justificado y razonado, cuando concurren las circunstancias de interés público que justifican su ejercicio.

Siquiera, desde aquella línea jurisprudencial, la práctica haya deparado una suerte de expansión en el recurso a esta potestad, lo cierto es que su utilización no puede ser desmesurada. Aunque con referencia a una solicitud de un contratista, vale citar al respecto lo dicho más modernamente por la Sala Tercera Tribunal Supremo (S. de 11/5/2017, Rec. 829/2015) en el sentido de que *“tales facultades no tienen por objeto dar contestación a una mera hipótesis, sino a problemas o conflictos reales y actuales, y en modo alguno se integra en aquella potestad de la Administración constatar los efectos jurídicos futuros de una resolución de la concesión que aún no se ha producido...”*. Apunta incluso más allá la reciente sentencia de la Sala Tercera de 4 de junio de 2019, Rec. 2670/2015, que parece contraer la posibilidad del recurso al procedimiento de interpretación del contrato a aquellos supuestos en los que, incidencias surgidas en su ejecución precisen ser resueltas a fin de evitar interrupciones en la ejecución de la obra o en la prestación del servicio que constituya su objeto.

Dicho lo anterior, adelantemos que, a nuestro juicio, la cuestión que plantea el Ayuntamiento de Madrid no debe ser resuelta por vía de interpretación del contrato. Para fundamentar esta conclusión, traigamos la parte esencial de la memoria técnico-económica en la que se contiene y justifica la interpretación que se promueve:

<<Se comprueba que por cada tonelada a la que se le ha aplicado el canon de tratamiento integral aprobado en el Acuerdo de 28/02/90 (denominado entonces canon de incineración) ha supuesto un pago del 57,17% relativa a la inversión hasta que se suspendió el compostaje y un 56,32€ desde la suspensión del compostaje.

En el apartado 2.5 "Bases de Precios" del Tomo X de la oferta se señalaba lo siguiente:

"El periodo de amortización aplicado a la solución variante formada por planta de tratamiento y planta de incineración de 1.200 t/día ha sido de 20 años, a partir de la terminación del periodo de garantía. Si el traspaso al Ayuntamiento se produjera con anterioridad a esa fecha, se liquidaría a la empresa la cantidad pendiente de amortizar en ese momento".

Este párrafo determina claramente que debe conocerse la cantidad total a amortizar y debe conocerse la cuantía amortizada en cada momento, para poder liquidar, en su caso, la cantidad pendiente si el traspaso a Ayuntamiento se produjera con anterioridad a la fecha mencionada (20 años a partir de la terminación del periodo de garantía). Este mismo argumento sirve para dejar de pagar amortización una vez alcanzada la cifra establecida en las condiciones contractuales.

Hay que tener en cuenta que ni en los pliegos ni en la oferta hay un canon individualizado de amortización, sino que la amortización se va realizando a través del pago del canon por tonelada tratada. Por tal motivo el pliego establece la obligación de especificar qué porcentaje del canon es el de amortización, como única forma de poder así realizar el cálculo de lo que se lleva amortizado en función de las toneladas tratadas.

Esta situación obliga al órgano de contratación a interpretar cuál será el canon a abonar una vez finalizado el pago de la inversión de la planta, en el ejercicio de su prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, según lo establecido en el artículo 18 del Decreto 923/1965 de 08 de abril, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado, en relación con la disposición transitoria primera del RD legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público>>.

A nuestro juicio, lo que el Ayuntamiento de Madrid pretende, no es colmar una duda o laguna en la documentación que rige la relación contractual entre las partes, sino realizar una serie de ajustes en el factor económico del contrato con el objeto de procurar cierto resultado, lo cual, realmente constituye una incidencia en la ejecución para cuya resolución dispone de otros medios, que, en el caso de que resultara procedente su utilización, podrían servir para afrontar situaciones imprevistas que, en uno u otro sentido, hayan podido poner en entredicho el necesario equilibrio entre las partes.

En particular, por vía de interpretación del contrato, se está intentando adelantar la solución a una problemática que, en su caso, surgirá en el momento en el que se proceda a realizar la liquidación del contrato, momento en que por parte del Ayuntamiento de Madrid se deberán considerar las vías a utilizar para evitar el enriquecimiento injusto que, según dicha entidad local, se puede producir a favor de la contratista en el momento de la conclusión de la relación entre las partes. De hecho, la práctica demuestra la posibilidad de que las partes de la relación contractual discutan en torno a los conceptos que han de abonarse o deducirse al contratista sin necesidad de acudir al procedimiento de interpretación, asegurando en todo caso la posibilidad de defensa del contratista frente a las liquidaciones que realice la

Administración (así se deduce, verbigracia, de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de enero de 2019, RA 737/2018).

Muestra de la dificultad de recurrir al procedimiento de interpretación con vistas a obtener los efectos pretendidos por el Ayuntamiento de Madrid, el análisis de los documentos incluidos en el procedimiento no permite establecer de una manera clara qué cláusula o disposición del contrato se pretende aclarar. Más bien, a la vista de la memoria técnico-económica, parece que se quiere interpretar la oferta del contratista para, transcurrido un considerable número de años desde su aceptación por parte de la Administración, llegar a la conclusión de que, en realidad, cuando dicho contratista hacía referencia a que se acogía a determinada opción de las tres posibles para el pago del canon, en realidad asumía otra distinta, y ello en virtud del “Proyecto de Planta de Tratamientos de Residuos Sólidos Urbanos” presentado por el contratista en el año 1990, al que, ciertamente, no hizo oposición en su momento el Ayuntamiento de Madrid, lo cual parece hubiera sido una cautela elemental de haber considerado que dicho documento no se ajustaba a la oferta que había sido aceptada mediante la adjudicación del contrato.

A lo anterior cabe añadir que, vistas las circunstancias del caso sujeto a dictamen, incluso si considerásemos el de interpretación del contrato un cauce adecuado para resolver la cuestión planteada, la posición del Ayuntamiento de Madrid estaría en contradicción con criterios hermenéuticos de arraigada aplicación. Con respecto a ello, conviene recordar que, según la jurisprudencia, el ejercicio de la potestad de interpretación del contrato no es discrecional por parte de la Administración, sino que debe someterse a las reglas de la hermenéutica jurídica (STS de 15/2/1999), debiendo atenderse en principio a las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil (SSTS de 11/3/1996 y 13/11/2001).

Entre dichas reglas, el análisis de la jurisprudencia contencioso-administrativa resulta ilustrativo de la necesidad de atender prioritariamente a la interpretación literal del contrato. Manifestación de ello son las sentencias de las salas correspondientes de los tribunales superiores de Justicia de Madrid, de 5 de diciembre de 2018, R. 1100/2017, y de Galicia, La Coruña, de 17 de diciembre de 2018, RA 4052/2018.

En relación con ello, debemos llamar la atención sobre la circunstancia de no haberse previsto de un modo expreso en el clausulado del contrato la cautela según la cual se dejaría de abonar el porcentaje del canon destinado a la amortización cuando, vigente todavía el contrato, lo pagado alcanzase la cantidad invertida por la contratista.

Resultaría realmente llamativo que, en un contrato de la envergadura del que es objeto de nuestro dictamen, el Ayuntamiento de Madrid no hubiera reparado en semejante posibilidad. Al respecto, la interpretación propuesta por la entidad local incide sobre el punto 2.5.4 del tomo X de la oferta de la que después resultaría adjudicataria del contrato. Si su primer inciso hace referencia a que el período de amortización será de veinte años a partir de la terminación del período de garantía, la segunda parte matiza que, si el traspaso de las instalaciones al Ayuntamiento de Madrid se produjera con anterioridad a la fecha en principio prevista para la finalización de la ejecución del contrato, *“se liquidaría a la empresa la cantidad pendiente de amortizar en ese momento”*.

Sin embargo, el hecho de que se haya previsto con carácter expreso las consecuencias atribuibles a la hipótesis en la que, a la finalización del contrato, la empresa no hubiera podido llegar a amortizar el coste de sus inversiones, no quiere decir que, en el caso contrario, la solución a aplicar sea precisamente la contraria. Dicha norma no está reflejada en el

contrato por lo que, en este punto, conviene llamar la atención a la Administración que suscita la consulta sobre la importancia de los pliegos como *lex contractus*. Al respecto, la práctica de los tribunales de Justicia viene siendo muy rigurosa con los contratistas. Ejemplo de ello es verbigracia, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de marzo de 2019, R. 1078/2017):

<<Como ya hemos señalado, los pliegos contractuales constituyen la "ley del contrato", deviniendo consentidos, firmes y plenamente aplicables si no fueron impugnados en su momento, lo que implica que si la hoy recurrente albergaba dudas sobre la forma en que debía prestarse el servicio podía haber solicitado aclaraciones al órgano de contratación, y si consideraba que era imposible prestar el servicio en las condiciones fijadas en los pliegos, debió impugnarlos, pero lo que no cabe es que tras someterse a los mismos y conseguir la adjudicación del contrato, plantear que el mismo no se podía ejecutar en los términos previstos en los pliegos que no impugnó en tiempo y forma>>.

Otros ejemplos en la misma línea, entre los muchos de susceptible cita, están constituidos por las sentencias de la misma Sala de Madrid de 23 de enero 2019, R. 247/2017, o por la de su homónima de Galicia, La Coruña, de 17 de diciembre de 2018, RA 4052/2018, en la que se insiste sobre la inalterabilidad de las cláusulas de los contratos del sector público, que resultan vinculantes para ambas partes salvo que se tramite un procedimiento conducente a su modificación expresa. Interpretar, en definitiva, no puede equivaler a modificar un contrato.

La misma exigencia que recae sobre el contratista en los casos examinados y, en general, en la práctica administrativa y judicial, debe aplicarse en el caso presente a la Administración.

De esta forma, en la interpretación del contrato habría de atenderse al hecho de haberse previsto sin condicionantes el pago de determinado porcentaje a título de amortización durante todo el tiempo de duración del contrato, sin introducir excepción alguna a esta regla general. En caso contrario, no se estaría interpretando el contrato, sino dando nacimiento a una obligación que no fue prevista por la partes, alterando la vigencia del principio capital en materia de contratación, *pacta sum servanda*.

En segundo lugar, milita en contra de la interpretación que preconiza el Ayuntamiento de Madrid la regla exegética que prohíbe que la interpretación de las cláusulas oscuras beneficie a aquella parte que precisamente haya ocasionado la oscuridad. En este punto, la práctica judicial se ha manifestado reiteradamente en contra de un posible beneficio a quien haya incurrido en oscuridad. Así, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, Mallorca, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS nº 350/2017, de 1 de marzo, y otras anteriores), ha recordado en su Sentencia de 3 de diciembre de 2018, R. 157/2016, que las dudas sobre la interpretación de las cláusulas contenidas en los contratos ha de realizarse *“de acuerdo con el artículo 1.288 del Código Civil, en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito el contrato, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien los ha ocasionado”*.

En el caso examinado, no hay que olvidar que fue el Ayuntamiento de Madrid quien estableció las bases de la relación contractual, aceptó la explicación de la contratista sobre las bases que ofertaba y ha venido ejecutando hasta el momento el contrato sin encontrar óbice a los elementos del canon previsto en los documentos que rigen la relación contractual.

De esta forma, cabe concluir que, si para el supuesto en que el coste de la amortización no hubiera sido cubierto en el momento de la

expiración del contrato, la contratista se ha asegurado, mediante cautela incorporada a su oferta y aceptada por el Ayuntamiento de Madrid, tener cubierto el importe total de lo invertido, no se ha introducido una previsión semejante para el caso en que se dé la situación contraria, esto es, que la satisfacción del precio de lo amortizado sea previa a la finalización de la ejecución.

En tercer lugar, al hilo de lo dispuesto en el artículo 1282 del Código Civil, debe darse la importancia necesaria a la conducta anterior de las partes, que, en el momento final del contrato, induce a respetar la interpretación que hasta el momento se ha venido dando al mismo. En este sentido, resulta altamente ilustrativo que el Ayuntamiento de Madrid reconozca que, no solo ha seguido abonando el porcentaje destinado a la amortización con posterioridad al momento en el que las inversiones realizadas por la contratista han sido cubiertas en su integridad, sino que incluso ha estado pagando dicho porcentaje por encima del coste de lo amortizado desde fechas muy anteriores.

Finalmente, no debe pasarse por alto lo señalado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia 21 de abril de 2009, R. 992/2003, precisamente en relación con una modificación del contrato que actualmente nos ocupa. En el mismo, en relación con la cuestión de si se ha llegado a la amortización de determinadas cantidades, se vino a llamar la atención al Ayuntamiento de Madrid sobre la importancia de acreditar cumplidamente dicha circunstancia. Y, ciertamente, no podemos entender que se haya cumplido con tal exigencia, cuando no se ha rebatido en debida forma, pudiendo hacerlo, el informe pericial emitido por una auditora que, en contra de los cálculos del Ayuntamiento de Madrid, ha presentado la contratista.

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

CONCLUSIÓN

No procede ejercer la potestad de interpretación del contrato en los términos propuestos por el Ayuntamiento de Madrid.

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 20 de junio de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 271/19

Excmo. Sr. Alcalde de Madrid

C/ Montalbán, 1 – 28014 Madrid