

Dictamen nº: **511/18**
Consulta: **Consejera de Transportes, Vivienda e
Infraestructuras**
Asunto: **Contratación Administrativa**
Aprobación: **29.11.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 29 de noviembre de 2018, emitido ante la consulta formulada por la consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la interpretación sobre el sistema de compensación unitaria por viaje que debe percibir el concesionario en el contrato de *“Concesión de obra pública para la redacción del proyecto de ejecución de obra y gestión del servicio público de explotación de la línea ferroviaria de transporte público de viajeros, con infraestructura propia, entre Madrid y los municipios de Rivas-Vaciamadrid y Arganda del Rey”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 30 de octubre de 2018 tuvo entrada en este órgano consultivo, una solicitud de dictamen preceptivo firmada el 25 de octubre de 2018 por la consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, referida al expediente de interpretación del contrato reseñado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 490/18, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D^a M^a Dolores Sánchez Delgado, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en la sesión celebrada el día 29 de noviembre de 2018.

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

El 14 de marzo de 1997 el órgano de contratación de la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes, adjudicó el contrato de concesión a la solución variante M2 112 a un grupo de empresas que con fecha 17 de abril de 1997 mediante escritura pública se constituyó como agrupación de interés económico ("*Transportes Ferroviarios de Madrid, A.I.E.*", en adelante, TFM), y el 10 de septiembre de 1997 se transformó en Sociedad Anónima en virtud de escritura pública.

El contrato se formalizó en documento administrativo el 18 de abril de 1997, cuyo objeto era la ejecución del contrato de concesión de obra pública para la redacción del proyecto, ejecución de obra y gestión del servicio público de explotación de la línea ferroviaria de transporte público de viajeros, con infraestructura propia, entre Madrid y los municipios de Rivas-Vaciamadrid y Arganda del Rey. La contraprestación del adjudicatario consistiría en la explotación del servicio, que se concretaba en el cobro de tarifas a los usuarios y la compensación que se otorgaba a la concesión, que se haría efectiva por el Consorcio Regional de Transportes de Madrid (en adelante, CRTM) en los términos de la resolución de adjudicación de 14 de marzo de 1997. El plazo de la concesión se prolongaría hasta el 31 de diciembre de 2029.

La cláusula segunda del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que había de regir la concesión, se refería a la forma de adjudicación y, en cuanto a la proposición económica, el apartado, A) disponía que a todos los efectos se entendería que las tarifas ofertadas por los empresarios comprendían no solo el precio del contrato, sino todos los impuestos y tasas que legalmente fueran exigibles.

Entre los derechos que correspondían al concesionario, la cláusula 6.1,b) del PCAP establecía que percibiría las retribuciones correspondientes por la explotación de los servicios (ingreso por venta de títulos de transporte o tarifas), así como de otros ingresos accesorios (publicidad, explotación de espacios comerciales, etc.) y, en su caso, la compensación que, por razones de diferencia entre tarifas solicitadas y las aprobadas, se señalaban en la cláusula 1.3. del PCAP. Esta cláusula se refería a la financiación, y estipulaba que los licitadores deberían presentar un cuadro de tarifas en función de sus mejores estimaciones, rentabilidad deseada y periodo previsto de la concesión. La propuesta de tarifas tendría que determinar las que debieran satisfacerse por la utilización de los servicios, con descomposición de sus factores constitutivos. La misma previsión se contenía en el punto 4.1.2 del Pliego de Condiciones Particulares Técnicas y Económicas, en lo sucesivo, PPT.

El apartado m) de la cláusula 6.2 del PCAP indicaba como obligaciones del licitador que tanto en las ofertas que formularan los licitadores como en las propuestas de adjudicación se entenderían comprendidos, a todos los efectos, los impuestos de cualquier índole que gravasen a los diversos conceptos, incluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, sin que pudiesen repercutirse como partida independiente.

También se contemplaba en el punto 4.5.1 del PPT que el concesionario tendría derecho a percibir el conjunto de ingresos correspondientes a la explotación de los servicios (ingresos por la venta de títulos de transporte) así como de otros ingresos accesorios (publicidad, explotación de espacios comerciales, etc.), y a recibir las compensaciones que, por razones de la diferencia entre las tarifas solicitadas y las acordadas, la Comunidad de Madrid pactase con el concesionario.

En sus ofertas, los licitadores deberían incluir un estudio económico que contuviese los costes de explotación con la justificación detallada y desglosada, y el marco tarifario que se proponía en el que constasen las tarifas de aplicación propuestas inicialmente con especificación de los títulos de transporte sencillos, los abonos, los niveles de precios propuestos y la compensación tarifaria por parte de la Comunidad de Madrid.

La oferta presentada por TFM –que finalmente resultó adjudicataria- incluía un cuadro en el que se reflejaban la inversión a realizar, los costes operativos y los ingresos y compensaciones para el año 1999, con la indicación que el IVA estaba excluido en las cifras presentadas.

Antes de la licitación, el 4 de noviembre de 1996 se formalizó el convenio de colaboración entre la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes y el CRTM en el que se acordó que fuera el CRTM el que asumiera el pago de las compensaciones económicas al concesionario, que se financiaría por la Comunidad de Madrid.

Posteriormente a la licitación, por el Acuerdo de 13 de marzo de 1997 del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid se aprobó el programa de actuación para la financiación del sistema de compensación unitaria al concesionario de la línea ferroviaria que se concretó en las cuantías que resultaban de multiplicar la

compensación unitaria por viaje propuesta en el programa de actuación, con revisión anual del IPC, por el número de viajes reales con un límite máximo de la demanda estimada en los ejercicios futuros.

Una vez autorizado el inicio de la explotación tras la construcción de la obra e instalaciones necesarias, el 22 de junio de 1999 CRTM y TFM firmaron un convenio regulador de las relaciones jurídicas derivadas de la puesta en funcionamiento de la línea ferroviaria. En el convenio se contemplaban las aportaciones económicas a TMF: aportación fija por viajero transportado según lo dispuesto en el contrato de concesión, compensación económica por la disminución de la recaudación directa derivada de la utilización del Abono Transporte (cláusula undécima), la aportación por la estructura tarifaria (cláusula duodécima) y el reintegro de recaudación del Abono Transporte (cláusula decimotercera).

En relación con la compensación por la estructura tarifaria de la cláusula duodécima establecía que, de conformidad con el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid de fecha 13 de marzo de 1997, se aprobaba un programa de actuación para financiación del sistema de compensación unitaria por viaje, que se concretaba en las cuantías que resultan de multiplicar dicha compensación unitaria por el número de viajes reales, con el límite máximo de la demanda en cada ejercicio que se detallaba. Y aclaraba que las cuantías efectivas que resultasen de la aplicación del sistema de compensación se concretaban en la multiplicación de la compensación unitaria por viaje en pesetas de 1997 y sujeto a la revisión anual del IPC por el número de viajes efectivamente realizados.

TERCERO.- El 18 de octubre de 2017 FTM dirigió un escrito a CRTM en el que ponía de manifiesto que se había detectado un error en el importe de las facturas en concepto de tarifa de compensación emitidas al CRTM ya que se habían facturado los importes reflejados en el convenio de 22 de junio de 1999 considerando que incluían el IVA,

por lo que habría de regularizarse la situación y las nuevas facturas serían emitidas teniendo en cuenta que el IVA estaba excluido.

El 18 de octubre de 2017 CRTM contestó que desde la fecha de la puesta en explotación de la infraestructura se había venido facturando y liquidando los importes incluyendo el IVA y un cambio de criterio solo sería aplicado por CRTM cuando así se estimara por el órgano competente, por lo que se daría traslado del escrito a la Consejería de Transporte, Vivienda e Infraestructuras.

El 25 de enero de 2018 TFM remitió un escrito a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Transporte, Vivienda e Infraestructuras en el que exponía la tesis que TFM mantenía, y señalaba que considerar que los importes por la tarifa unitaria de compensación reflejado en el convenio de 1999 incluían el IVA había generado un déficit de compensación respecto de las estructuras de costes ofertada por TFM. Solicitaba que se la tuviese como personada en el expediente para la interpretación de dicha cuestión y si no se hubiera iniciado expediente de interpretación reiteraba que los importes de compensación debían resultar de la aplicación del valor de la tarifa unitaria de compensación reflejada en el convenio excluyendo el IVA, de forma que las cantidades a facturar al CRTM tenían que ser las que figuraban en el convenio más el IVA que correspondiese.

CRTM señaló en un informe de 16 de abril de 2018 que, dado que en las tarifas aplicables en cualquier medio de transporte siempre estaba incluido el IVA, la tarifa de compensación por viaje realizado debía incluirlo también. Además ponía de manifiesto que la interpretación de TFM supondría al CRTM un mayor coste (1,3 millones de euros en el ejercicio 2018 y 4,6 millones de euros para el periodo 2014-2017).

El 3 de mayo de 2018 la División de Concesiones manifestó que las tarifas ofertadas, de las que se debía desprender la tarifa de compensación, llevaban incluidos todos los impuestos, también el Impuesto del Valor Añadido.

La Dirección General de Tributos informó el 30 de mayo de 2018 que en las cantidades acordadas como compensación unitaria a satisfacer al concesionario debían considerarse incluidas las correspondientes cuotas de IVA.

El 14 de junio de 2018 el jefe de unidad técnica de Contratación Administrativa indicó que procedía desestimar la solicitud formulada por el concesionario.

En trámite de audiencia se dio traslado de lo actuado al concesionario que presentó alegaciones en las que analizaba los informes que obraban en el expediente y reiteraba su postura de considerar que en la tarifa de compensación debía excluirse el IVA.

Solicitado informe a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid el 21 de septiembre de 2018 contestó que no resultaba procedente informar por no exigirlo el artículo 4.1 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

La Intervención General de la Comunidad de Madrid, por su parte, indicó el 17 de octubre de 2018 que, dado que la propuesta de orden interpretaba que en la compensación a abonar por el CRTM a TFM se debería entender incluido el IVA, no generaba obligaciones de contenido económico, por lo que no procedía la fiscalización previa al no tratarse de un acto de aprobación de gasto.

El 23 de octubre de 2018 se dictó propuesta de resolución en la que se proponía desestimar las alegaciones del concesionario e interpretar que las cantidades a abonar en concepto de compensación tarifaria incluían el IVA.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

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

“f) expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre (...) d.- Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de contratos del sector público”.

La consulta se solicita por la consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras, al amparo del artículo 18.3.b) del ROFCJA, dado que el CRTM es un organismo autónomo adscrito a tal consejería, de conformidad con la disposición adicional primera del Decreto 199/2015, de 4 de agosto, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras.

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 23.1 del ROFCJA.

SEGUNDA.- En virtud de lo dispuesto en el apartado 2) 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 (en adelante, LCSP/17), dada la fecha de adjudicación del contrato -14 de marzo de 1997- le resulta de aplicación *“en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas”* la

normativa contenida en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, LCAP).

Por lo que se refiere a la normativa aplicable al procedimiento de interpretación de contratos, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (256/17 de 22 de junio, 157/18 de 5 de abril, 270/18 de 21 de junio, 299/18 de 28 de junio y 646/18 de 24 de octubre, entre otros) que es la vigente en el momento de su inicio.

En este caso no existe como tal un acto de inicio del expediente de interpretación por lo que se ignora cuándo se inició. Ante la primera solicitud del concesionario (octubre de 2017) se contestó que se trasladaría la petición al órgano de contratación. Tras otro escrito del concesionario (enero de 2018) en el que instaba a que se le considerase parte en el procedimiento de interpretación del contrato, se han emitido informes por CRTM (16 de abril de 2018), por la División de Concesiones (3 de mayo de 2018), por la Dirección General de Tributos (30 de mayo de 2018) y por el jefe de unidad técnica de Contratación Administrativa (14 de junio de 2018) que consideró que la legislación aplicable al procedimiento debía ser el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP). No obstante esta consideración de la unidad de contratación Administrativa de la Consejería, dado que todos los informes emitidos en el procedimiento se han evacuado con posterioridad a la entrada en vigor de la LCSP/17 -en virtud de la disposición final decimosexta de la LCSP/17, esta entró en vigor el 9 de marzo de 2018, a los cuatro meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» -BOE del 9 de noviembre de 2017-, será esta la que se tome en consideración, sin que la regulación que, en torno al procedimiento de interpretación de los contratos administrativos que se contenía en el TRLCSP difiera de lo dispuesto en la LCSP/17. Ello sin perjuicio de que si hubiera un acto de inicio anterior a la fecha de

entrada en vigor de esta norma (9 de marzo de 2018), la legislación aplicable al procedimiento sería el TRLCSP.

TERCERA.- La importancia de que la interpretación que haya de darse al contrato sea establecida previa la tramitación del correspondiente procedimiento fue ya destacada por esta Comisión Jurídica Asesora en el Dictamen 245/16, de 23 de junio, en el que se resaltaba que la Administración no puede, sin más, adoptar 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.

Es el artículo 190 de la LCSP/17 el que configura la potestad de interpretar los contratos como una de las prerrogativas de la Administración, pero dicha prerrogativa no puede ejercitarse sin ciertas garantías que se establecen en el artículo 191 de la LCSP/17, según el cual deberá darse audiencia al contratista en el procedimiento y será 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, otorgada audiencia al contratista, 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 parte de aquel, tal y como se ha reflejado en los antecedentes de hecho. Esta exigencia, como ya hemos adelantado, se concreta en el artículo 5.3.f).d de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, para los expedientes de interpretación contractual.

Finalmente, es preciso advertir que la competencia para aprobar la propuesta del acuerdo interpretativo sometido a consulta, según el citado artículo 190 de la LCSP/17, corresponde al órgano de contratación, que aprobó los PCAP y PCT y adjudicó el contrato y, por tanto, el competente para la interpretación del mismo.

CUARTA.- Mención especial merece el plazo en el que debe resolverse el expediente contradictorio de interpretación del contrato. Puesto que la legislación de contratos no establece un plazo específico para la tramitación del procedimiento de interpretación del contrato, hay que acudir a la normativa reguladora del procedimiento administrativo, esto es, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en lo sucesivo, LACP).

El Tribunal Supremo en sentencias de 13 de marzo de 2008 (recurso 1366/2005), 9 de septiembre de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina 327/2008) y de 28 de junio de 2011 (recurso 3003/2009), por citar algunas, ya declaró la aplicación supletoria de la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy la LPAC) en los supuestos en los que la normativa de aplicación no fijase el plazo del procedimiento. De acuerdo con el artículo 21.3) de la LPAC, ese plazo de tramitación será de tres meses.

En el caso que nos ocupa ya hemos indicado que no consta en el expediente remitido un acto de inicio expreso del expediente de interpretación del contrato mediante el cual la Administración ejercite su potestad de interpretación del contrato. Al no constar el inicio del procedimiento contradictorio, y pese a que en el expediente remitido consten informes anteriores, tomaremos como *dies a quo* la fecha en que dichos informes se pusieron de manifiesto al contratista para hacer alegaciones al ser cuando se le notificó la existencia del expediente para resolver las discrepancias surgidas en la interpretación del contrato, el 19 de junio de 2018, según su escrito de alegaciones (aunque no consta en el expediente el oficio de remisión ni su acuse de recibo).

En cuanto a los efectos de que el procedimiento de interpretación del contrato se resuelva más allá del plazo establecido, debe entenderse de aplicación el artículo 25 de la LPAC, ya que es un procedimiento susceptible de producir efectos desfavorables para el contratista:

“En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:

(...) b) En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones, con los efectos previstos en el artículo 95”.

Cierto es que los Tribunales de Justicia no se han pronunciado en relación a los efectos de los procedimientos de interpretación de los contratos cuando éstos sean resueltos más allá del plazo establecido, pero como ya puso de manifiesto esta Comisión en los Dictámenes 245/2016, de 23 de junio y 483/16, de 27 de octubre, también otros Consejos Consultivos han atribuido el efecto de la caducidad a dicho supuesto al igual que esta Comisión Jurídica Asesora.

Así, el Consejo Consultivo de Andalucía viene manifestándose a favor de tal posibilidad en su doctrina, entre la cual pueden citarse, como precedentes más recientes objeto de publicación, los dictámenes 650/2014, de 30 de septiembre, y 365/14, de 28 de mayo.

En nuestro ámbito territorial, resulta especialmente importante tener en cuenta la doctrina que ya había sido seguida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en los dictámenes 445/12,

446/12 y 447/12, todos de 18 de julio, cuyo criterio sobre esta cuestión hacemos propio.

Igualmente, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias se ha pronunciado a favor de la aplicación del instituto de la caducidad a los procedimientos de interpretación de los contratos, siempre que su inicio se produzca de oficio y no a instancia del interesado (en dicho sentido, su Dictamen 144/15, de 30 de julio).

En este caso, al haber transcurrido en exceso el plazo de tres meses para resolver y ser susceptible de producir efectos desfavorables al contratista, por el juego conjunto de los artículos 21.3,a) y 25.1,b) de la LPAC, cabe concluir que el procedimiento ha caducado.

Producida la caducidad del expediente, debe ser declarada por la Consejería de Transportes, Vivienda e Infraestructuras mediante la correspondiente resolución que ordenará el archivo de las actuaciones y se notificará a la mercantil interesada.

No obstante, la caducidad de este procedimiento no impide que el órgano de contratación, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo expediente de interpretación contractual.

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

CONCLUSIÓN

El procedimiento de interpretación contractual del contrato de *“Concesión de obra pública para la redacción del proyecto de ejecución de obra y gestión del servicio público de explotación de la línea*

ferroviaria de transporte público de viajeros, con infraestructura propia, entre Madrid y los municipios de Rivas-Vaciamadrid y Arganda del Rey” está caducado. La caducidad de este procedimiento no impide que el órgano de contratación, si lo estima oportuno, pueda proceder a la incoación de un nuevo 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, 29 de noviembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 511/18

Excma. Sra. Consejera de Transportes, Vivienda e Infraestructuras

C/ Maudes nº 17 - 28003 Madrid