

# **Declaración de lesividad y consiguiente anulación de la interpretación de una cláusula contractual que, permitiendo el aumento del gasto público, incrementa el beneficio económico del concesionario por encima del pactado**

## **Grupo de Contratos del Sector Público de GA\_P**

---

*La Sentencia del Tribunal Supremo número 411/2018, de 14 de marzo, lejos de casar la Sentencia de la Sala territorial, confirma el criterio de la Administración que declaró la lesividad de la Resolución del Consejero de Vivienda y Obras Públicas por la que se aprobaban los criterios interpretativos de los límites retributivos del pliego de cláusulas administrativas particulares de una concesión de obra pública, en el sentido de, admitiendo un mayor gasto para la Administración, incrementar el beneficio económico del concesionario por encima de lo previsto.*

En el marco del contrato de concesión de obra pública “desdoblamiento de carretera I-SA” y como consecuencia de la aparición de ciertas dudas en lo concerniente al alcance de las previsiones relativas a la retribución variable de la concesión (apartados 4º y 5º la cláusula 55 del pliego<sup>1</sup>), la Administración competente, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 del texto

---

<sup>1</sup> Los apartados 4º y 5º de la cláusula 55 del pliego establecen el importe máximo de la retribución variable que debe obtener el concesionario, resultado de aplicar las tarifas fijas propuestas en la oferta por la concesionaria, sobre el tráfico real que circule por la carretera. Y el incremento anual de esa retribución variable se calcula sobre una doble premisa, a saber, 1) los incrementos interanuales de tráfico previstos a partir del primer año natural completo de explotación (siempre que esos incrementos superen los importes máximos de tráfico previstos, pues en caso contrario se estará a la contabilización del tráfico real; y 2) las anualidades presupuestarias o flujo de aportaciones que debe realizar anualmente el Gobierno Balear.

refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas<sup>2</sup> (TRLCAP), vino a hacer uso de su facultad de interpretación contractual.

En ejercicio de la referida prerrogativa se dictó, por el Consejero de Vivienda y Obras Públicas, una Resolución de 1 de junio de 2011 mediante la que se aprueban los criterios interpretativos de los límites retributivos del Pliego de cláusulas administrativas particulares de “la Concesión de la obra pública desdoblamiento de la carretera Ibiza-San Antonio” en la que se fijó el criterio interpretativo que había de aplicarse a la cláusula controvertida<sup>3</sup>, y que tenía por efecto un **notable incremento de las retribuciones a pagar al concesionario – sin la debida previsión presupuestaria -**.

Por ello la Administración inició un proceso de lesividad<sup>4</sup>, dictando **Resolución<sup>5</sup> que la declaró lesiva para el interés público** por vulnerar la cláusula 26 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), en relación al Plan Económico Financiero del Contrato, y la cláusula 30 del PCAP que regulaba la asunción de riesgos, y porque ello había producido una modificación *de facto* de la cláusula 55.5<sup>º</sup> del PCAP con la consiguiente **quiebra del principio de igualdad** en relación al resto de licitadores que se han visto privados de participar en la licitación de acuerdo con esas nuevas condiciones impuestas con su interpretación/modificación.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (dictada el 7 de octubre de 2015 por la Sección primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, recurso nº 152/2014) estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por Administración

---

<sup>2</sup> Aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y equivalente al actualmente vigente artículo 190 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

<sup>3</sup> La resolución vino a 1º) establecer el criterio interpretativo respecto a la Cláusula 55.4 del PCAP que los incrementos interanuales que establece el EVEF son los límites máximos de incremento interanual de tráfico y se deben aplicar a partir del primer año natural completo de explotación en que se disponga de tráficos reales, sin ser limitativos los valores absolutos de tráfico previstos en el EVEF ni las anualidades presupuestarias previstas en la cláusula 55.5 del PCAP. 2º) reconocer como primer año natural completo que se dispone de datos de tráfico reales el año 2008 conformado con los datos reales del 2º, 3º y 4º; trimestre de 2008 completados con el dato estimativo de los datos reales de tráfico del 1º trimestre de 2009 ponderados con el máximo de incremento del EVEF respecto a 2008; y 3º) regularizar los pagos a cuenta realizado hasta la fecha desde el inicio de la explotación de conformidad a los anteriores criterios.

<sup>4</sup> Proceso para la declaración de lesividad de la Resolución de 1 de junio de 2011 por no reconocer esa limitación presupuestaria anual y otorgarle aquella interpretación un carácter meramente estimativo, pero no limitativo.

<sup>5</sup> Resolución de 24 de enero de 2014 en la que se acordó declarar la lesividad de la Resolución del Consejero de Vivienda y Obras Públicas de 1 de junio de 2011 en relación con la interpretación que contiene de no considerar como limitadores los valores absolutos de tráfico que se prevén en el estudio de viabilidad económica y financiera ni las anualidades presupuestarias que se prevén en la cláusula 55.5 del Pliego de condiciones administrativas.

de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares y anuló la Resolución de la Consejería de Vivienda y Obras Públicas por no ser ajustada a derecho en lo relativo a la interpretación de no considerar como limitadores los valores absolutos de tráfico prevenidos en el estudio de viabilidad económico financiera, ni las anualidades presupuestarias prevenidas en el clausulado del pliego.

Las razones que determinaron la estimación del recurso y la anulación referida fueron, en esencia, las siguientes:

1. Las cláusulas particulares son ley entre las partes y deben cumplirse por éstas **sin que la prerrogativa de interpretación contractual** que se reconoce a la Administración **la faculte para apartarse de tal postulado y mucho menos para, con ello, producir una vulneración del interés público**<sup>6</sup>.
2. La interpretación efectuada por la Resolución de 2011 es **contraria al principio de igualdad de trato que la Administración ha de dispensar a todos los licitadores**, en tanto que esa interpretación supuso una modificación *de facto* de las cláusulas particulares que rigen el contrato concesional, *produciendo unos efectos distintos de los establecidos en el contrato y los pliegos* para el resto de licitantes, lo cual carece de total justificación.

Pues bien, recurrida en casación la STSJ referida, la **Sentencia del Tribunal Supremo** inadmite el primero de los motivos alegados y desestima los otros cuatro, por considerar que:

- La onerosidad del contrato **no puede**, como consecuencia de un criterio interpretativo erróneo de la Administración, **hacerse efectiva de manera contraria a las previsiones del Pliego** de Cláusulas Administrativas Particulares, con vulneración de sus estipulaciones, y con un **claro efecto lesivo para el interés público representado por un menoscabo económico no previsto presupuestariamente** y que la propia sentencia resalta cuando compara el precio máximo del contrato previsto en el Pliego y el que derivaría de la aplicación del criterio interpretativo, evidenciando un **aumento del gasto sobre el precio de adjudicación del 20%**.
- La sentencia de instancia **NO vulnera los límites de las facultades revisoras**, pues la lesividad declarada NO resulta contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares y a las leyes, ni menos aun produce una infracción del principio de confianza legítima pues la sentencia se limita a anular un acto administrativo de interpretación por considerarlo contrario al orden jurídico de la contratación y lesivo de los intereses públicos. Recuerda al respecto que el principio de confianza legítima no puede invocarse para mantener situaciones contrarias al ordenamiento jurídico.

---

<sup>6</sup> En efecto, la interpretación realizada por el Conseller en la resolución de 2011, apartándose del criterio del PCAP que establecía el importe máximo de la retribución variable a obtener por el concesionario, desbordó las cuantías previstas en aquél, permitiendo un aumento del gasto público sobre el precio de adjudicación del 20,2%, con el consiguiente aumento de beneficio del concesionario por encima del inicialmente pactado del 7%.

- No concurre una vulneración de los artículos 3.1, 1.281.2, 1282, 1.285, 1.286 y 1.288 del Código Civil, así como la jurisprudencia que los interpreta, en relación con las reglas de interpretación de los contratos; pues **la interpretación del contrato administrativo debe hacerse** la luz de la documentación contractual existente y **en salvaguarda del interés público**.
- No se consideran vulnerados los preceptos legales que regulan la práctica y valoración de la prueba, además de que la parte denuncia una valoración ilógica o arbitraria de la prueba porque no acoge su planteamiento pues no nos da razón cierta alguna sobre por qué las conclusiones alcanzadas en la sentencia impugnada merecen ese reproche.

En definitiva, el Tribunal Supremo no cuestiona la **prerrogativa administrativa de interpretación de los contratos** y de la documentación que los rige, sino que advierte que su ejercicio debe serlo de acuerdo con los **objetivos pactados entre las partes y ordenados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares**; así como que esa facultad interpretativa que el ordenamiento jurídico reside en el órgano de contratación, debe ejercerse siempre **en salvaguarda del interés público** y con observancia del **principio de igualdad** que debe presidir la contratación pública.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P.