



Exp. Junta Consultiva: RES 11/2021

Resolución del recurso especial en materia de contratación

Exp. de origen: contrato de concesión de la obra pública para la construcción y explotación del nuevo acceso al aeropuerto de Eivissa

Órgano de contratación: Consejería de Movilidad y Vivienda

Recurrente: Accesos de Ibiza, SA

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 16 de septiembre de 2021

Dado el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Accesos de Ibiza, SA, contra las tres Resoluciones del consejero de Movilidad y Vivienda siguientes:

— Resolución de 31 de marzo de 2021, por la cual se aprueba la liquidación del año 2020, resultado del acta de tránsito de 2020 emitida por la concesionaria

— Resolución de 13 de abril de 2021, por la cual se ordena la devolución de la factura núm. 1, correspondiente al abono de la liquidación 2020

— Resolución de 13 de abril de 2021, por la cual se ordena la devolución de la factura núm. 61, correspondiendo a la retribución variable del primer trimestre del ejercicio 2021

la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión de XX de XXXXX de 2021, ha adoptado el Acuerdo siguiente:

Hechos

1. El 26 de julio de 2005, la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte (actual Consejería de Movilidad y Vivienda) y la empresa Accesos de Ibiza, SA, (en adelante, la concesionaria o la recurrente), formalizaron el contrato de concesión de la obra pública para la construcción y explotación del nuevo acceso al aeropuerto de Eivissa, de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) y de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) previamente aprobados.

El contrato se modificó en varias ocasiones, concretamente:

- El 8 de mayo de 2006, se firmó el modificado núm. 1, que afectó a las cláusulas 6, 51, 52, 55.3 y 57 del PCAP y a las cláusulas 2, 3.3.1, 3.4, 3.6.1 y 7 del PPT.
- El 4 de diciembre, de 2007 se firmó el modificado núm. 2, que afectó a las cláusulas 43.1.1 y 44 del PCAP.
- El 18 de agosto de 2008, se firmó el modificado núm. 3, que añadió, como adenda del PCAP, el Capítulo X relativo al sistema transitorio de determinación del tránsito durante el periodo desde el inicio parcial de la explotación hasta el acta de comprobación de fin de las obras.

2. El 1 de febrero de 2021, la concesionaria envió en la Consejería de Movilidad y Vivienda, para revisar y tramitar, el acta de tránsito correspondiente en 2020.
3. El 9 de marzo de 2021, el responsable del contrato emitió el correspondiente informe de aprobación del acta de tránsito de 2020 y concluyó el siguiente:

Conclusión

Visto el indicado anteriormente se emite informe favorable sobre el acta de tránsito de 2020 y se determinan las cantidades a abonar por la administración en virtud a las limitaciones establecidas al arte. 55.4 del PCAP y por el art. 55.5 del PCAP, tanto por la liquidación del año 2020 como por la retribución variable durante el año 2021.

Liquidación del año 2020:

	PRINCIPAL	IVA (21%)	TOTAL
Liquidación 2020	-3.692.511,50 €	-775.427,42 €	- 4.467.938,92 €

Retribución variable del año 2021:

1 ^{er} Trimestre 2021	1.346.019,18	282.664,03	1.628.683,21
2 ^o Trimestre 2021	1.346.019,18	282.664,03	1.628.683,21
3 ^{er} Trimestre 2021	1.346.019,18	282.664,03	1.628.683,21
4 ^o Trimestre 2021	1.346.019,18	282.664,03	1.628.683,21
TOTAL	5.384.076,71	1.130.656,12	6.514.732,83

4. El 18 de marzo de 2021, la concesionaria presentó un escrito oponiéndose a la liquidación del año 2020 y a la retribución variable para el año 2021 determinados en el informe del acta de tránsito. Según la concesionaria, en el informe no se había tenido en cuenta la crisis sanitaria ni las medidas adoptadas para hacer frente. La concesionaria consideraba que la pérdida

de ingresos que había sufrido lo tenía que compensar la Administración y solicitaba que el cálculo de la retribución variable de 2021 se calculara teniendo en cuenta los datos de tránsito de 2019. También puso de manifiesto que el importe de la liquidación de 2020 estaba mal calculado.

5. El 22 de marzo de 2021, el responsable del contrato, emitió un nuevo informe en el cual admitió, únicamente, la alegación relativa al error en el cálculo de la liquidación del año 2020, que se rectificó en el sentido siguiente:

La liquidación de la anualidad 2020 queda finalmente en - 4.153.760,94 € IVA Inc.

Liquidación del año 2020:

	PRINCIPAL	IVA (21%)	TOTAL
Liquidación 2020	-3.432.860,28 €	-720.900,66 €	-4.153.760,94 €

Dado que la retribución variable del año 2021 no contendía errores, quedó exactamente en los mismos términos reflejados en el cuadro correspondiente del informe 9 de marzo de 2021.

6. El 29 de marzo de 2021, el representante de la concesionaria presentó, nuevamente, un escrito de oposición a la retribución variable para el año 2021, reiterando los mismos argumentos relativos a la crisis sanitaria y su pérdida de ingresos. En su opinión, la Administración las tenía que compensar mediante el cálculo de la retribución variable de 2021 teniendo en cuenta los datos de tránsito de 2019.
7. El 30 de marzo de 2021, el órgano de contratación, de acuerdo con los informes de aprobación del acta de tránsito del responsable del contrato, abonó a la concesionaria el 1r trimestre de la retribución variable de 2021 por importe de 1.628.683,21 € (IVA incluido).
8. El 31 de marzo de 2021, consejero de Movilidad y Vivienda, dictó la Resolución de aprobación de la liquidación del año 2020, que se impugna, de la cual resulta de interés extraer el siguiente:

[...]

7. En referencia a la solicitud que la cuantía a abonar por la Administración en concepto de retribución variable se haga encima los datos del tránsito del año 2019, tenemos que decir que esto no es posible dado que la Administración tiene que calcular la retribución variable de un ejercicio de acuerdo con aquello que establece el pliego rector del contrato, y la solicitud que formula la concesionaria supondría dejar de lado lo que dice, en concreto, la cláusula 56.3:

[...]

La procedencia o no de compensaciones como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la Covid-19 es una cuestión que se tiene que analizar en el marco del procedimiento oportuno, en el cual se tendrá que tener en cuenta el marco legal aplicable al contrato y analizar, en particular, si concurren las circunstancias que permiten aplicar lo que prevé la cláusula 57 del PCAP. En todo caso, esto último no puede suponer que la liquidación y el cálculo de la retribución variable del año en curso se haga al margen del que determina la documentación contractual.

[...]

Resolución

1. Aprobar la liquidación del año 2020 como resultado del acta de tránsito del año 2020 de la concesión de obra pública «Nuevo acceso al aeropuerto de Ibiza» que tiene que abonar a la Administración la concesionaria Accesos de Ibiza, SA, en aplicación de la cláusula 56.3.2 de los pliegos que rigen la concesión, con el importe de cuatro millones ciento cincuenta y tres mil setecientos sesenta euros con noventa y cuatro céntimos a favor de la Administración:

	PRINCIPAL	IVA (21%)	TOTAL
Liquidación 2020	-3.432.860,28 €	-720.900,66 €	-4.153.760,94 €

2. Disponer que, de acuerdo con la cláusula 56.3.2 de los pliegos que rigen el contrato de concesión de obra pública «Nuevo acceso al aeropuerto de Ibiza», el resultado de la liquidación del ejercicio 2020 a favor de la Administración se compensará sobre la cantidad a abonar por la Administración a Accesos de Ibiza, SA, en concepto de retribución variable, durante los trimestres 2ⁿ, 3^r y 4^a de el ejercicio 2021 y el 1^r trimestre de 2022 a razón de un 25% trimestral sobre la cuantía total IVA incluido de la liquidación 2020, con el resultado siguiente:

Deducir el importe de la liquidación negativa del año 2020 de 4.153.760,94 € IVA incluido a favor de la Administración de la cantidad a abonar por la Consejería de Movilidad y Vivienda a la concesionaria Accesos de Ibiza, SA, en concepto de retribución variable del ejercicio 2021, a partir del segundo trimestre de 2021 a razón de un 25% trimestral que supone la cantidad siguiente:

Importe a deducir sin IVA	IVA 21%	Importe a deducir IVA incluido
Liquidación 2020	-3.432.860,28 €	-720.900,66 €

La cantidad líquida a abonar a Accesos de Ibiza, SA, por la Administración durante el 2ⁿ, 3^r y 4^t trimestres del ejercicio 2021 con cargo a la partida presupuestaria 25201 521A01 60100 30, de los vigentes presupuestos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears será la siguiente:

	Importe líquido sin IVA	IVA 21%	Importe líquido IVA incluido
2 ⁿ trimestre 2021	487.804,11	102.438,87	590.242,98

3 ^o trimestre 2021	487.804,11	102.438,87	590.242,98
4 ^o trimestre 2021	487.804,11	102.438,87	590.242,98

La cuantía restante a compensar hasta la liquidación total de la deuda se deducirá de la cantidad a abonar, en concepto de retribución variable, durante el primer trimestre de 2022, cantidad que en este momento no conocemos, dado que se calculará de acuerdo con la cláusula 56.3 del pliego que rige la concesión sobre el tránsito real del ejercicio 2021. La cantidad a compensar durante el 1^o trimestre de 2022 será de 858.215,07 € que meritarán un IVA 180.225,17 € que suponen la cantidad a deducir de 1.038.440,24 € IVA incluido.

La cuantía a compensar cada trimestre meritara el correspondiente interés legal, a contar desde la fecha de aprobación de la liquidación.
[...]

Esta Resolución se notificó a la concesionaria el 6 de abril.

9. Entre los días 6 y 8 de abril de 2021, la concesionaria presentó al órgano de contratación un total de tres facturas, que son las siguientes:

- Factura núm. 61 (con fecha de emisión de 26 de marzo de 2021 y REGAGE21e00004091362), en concepto de retribución variable del 1^o trimestre de 2021, por importe total de 2.662.480,02 € (IVA incluido).
- Factura núm. 61, rectificativa de la antes mencionada (con fecha de emisión 31 de marzo de 2021 y REGAGE21E00004318711), por el mismo concepto de retribución variable del 1^o trimestre de 2021, pero de importe 1.033.796,81 € (IVA incluido).
- Factura núm. 1 (con fecha de emisión de 31 de marzo de 2021 y REGAGE21e00004432509), en concepto de abono de la liquidación del ejercicio 2020, por importe de 4.153.760,94 € (IVA incluido).

11. El 8 de abril de 2021, el órgano de contratación dictó Resolución mediante la cual ordenó la devolución de la factura núm. 61 (primera de las facturas mencionadas).

Según consta en la Resolución, la devolución se acordó porque el importe de la factura, – 2.626.480,02 € (IVA incluido) –, no era correcto, puesto que la retribución variable del año 2021 se había calculado basándose en el tránsito de 2019, en lugar de en el tránsito real de 2020. Así, la factura presentada incumplía los pliegos que rigen el contrato.

Esta Resolución, que no se impugna, se notificó a la concesionaria el mismo día.

12. El 13 de abril de 2021, el órgano de contratación dictó las Resoluciones de devolución de las dos facturas restantes, — la factura rectificativa núm. 61 y la factura núm. 1—. De estas resoluciones, que la recurrente impugna, hay que reproducir lo siguiente:

En la Resolución de 13 de abril de 2021, de devolución de la factura rectificativa núm. 61, se dispuso el siguiente:

Resolución

1. Ordenar la devolución de la factura núm. 61, de 31.-03-2021, núm. serie Rect-Emit, núm. factura SABE 18204401 (núm. de registro REGAGE21e000043187711, en concepto de retribución variable 1r trimestre 2021, por importe de 1.033.796,61 € iva incluido (concepto: factura emitida en atención a la liquidación practicada por la Resolución de consejero de Movilidad y Vivienda del pasado 31 de marzo de 2021, recibido el 6 de abril de 2021, según la aplicación que hace), para no ser conforme a los pliegos que regulan la concesión ni a la Resolución de consejero de Movilidad y Vivienda, de 31 de marzo de 2021, de aprobación de la liquidación de 2020 resultado del acta de tránsito de 2020 emitida por la concesionaria ACCESOS DE IBIZA SA de la concesión de obra pública Nuevo acceso al Aeropuerto de Ibiza, que fija la cantidad a abonar durante el 1r trimestre de 2021, en concepto de retribución variable, en 1.346.019,18 € que merita un IVA de 282.664,03 € que hacen un total de 1.628.683,21 € iva incluido, cantidad que ya ha sido abonada por la Administración a la concesionaria en fecha 30 de marzo de 2021. [...]

En la Resolución de 13 de abril de 2021 de devolución de la factura núm. 1, consta que:

Resolución

1. Ordenar la devolución de la factura de abono núm. 1, de día 31 de marzo de 2021, de importe 4.153.760,94 € iva incluido, correspondiendo a la liquidación del ejercicio 2020, emitida por la concesionaria ACCESOS DE IBIZA SA, en concepto de abono por liquidación del ejercicio 2020 que la concesionaria tiene que abonar a la Administración durante el 2021, de la concesión de obra pública para el nuevo acceso al aeropuerto de Eivissa (expediente CONTR 1992/2013), dado que no es correcto, puesto que en cuanto a la compensación del resultado de la liquidación negativa, el pliego establece la compensación a partir del trimestre siguiente al de la aprobación por el órgano de contratación de la liquidación y para no empeorar la situación económica de la concesión, se compensará en los cuatro trimestres siguientes a la aprobación de la liquidación, a razón de un 25% trimestral en la forma establecida en el hecho 10 de esta Resolución. [...]

Ambas Resoluciones, que la recurrente también impugna, le fueron notificadas el 13 de abril.

15. El 6 de mayo de 2021, la concesionaria presentó en el Registro electrónico único de la Comunidad Autónoma un recurso especial en materia de contratación, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, contra la Resolución de 31 de marzo de 2021, de aprobación de la liquidación del año 2020 y contra las Resoluciones, de 13 de abril de 2021, de devolución de las facturas antes mencionadas (factura núm. 61 rectificativa y factura núm. 1).

La recurrente fundamenta el recurso, en resumen, en el argumento siguiente:

— Alegación única. Solicita la suspensión del procedimiento de resolución del recurso especial hasta que el órgano de contratación resuelva el procedimiento de reequilibrio o compensación de la concesión que solicitó al órgano de contratación el 3 de mayo de 2021. En su opinión, las resoluciones impugnadas dependen o están vinculadas con lo que resuelva aquella solicitud, que es consecuencia del perjuicio económico que le ha causado el estado de alarma y es el fundamento sustantivo del recurso especial que interpone contra las Resoluciones impugnadas.

17. El 19 de mayo de 2021, tuvo entrada en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el recurso especial en materia de contratación interpuesto, junto con el expediente administrativo completo y el preceptivo informe jurídico, emitido el 18 de mayo.

Fundamentos de derecho

1. El objeto del recurso especial en materia de contratación es, por un lado, la resolución por la cual se aprueba la liquidación de una anualidad de concesión y por el otro, las resoluciones por las cuales se ordena la devolución de dos facturas en un contrato de concesión de obra tramitado por la Consejería de Movilidad y Vivienda.

Contra estos actos se puede interponer el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante, LRJ-CAIB). La competencia para resolver este recurso corresponde en la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el

artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el cual se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de contratos y el Registro de contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

2. De acuerdo con la cláusula 3.2 del PCAP y dado que la tramitación del expediente de contratación se inició en 2004, el régimen jurídico que resulta de aplicación es el previsto en el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP) y el reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.
3. La recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso especial en materia de contratación y lo ha interpuesto mediante representante acreditado y dentro de plazo adecuado.
4. Entrante en el fondo de las alegaciones de la recurrente, hay que decir el siguiente:

— Alegación única. La recurrente solicita la suspensión del procedimiento de resolución del recurso especial hasta que el órgano de contratación resuelva el procedimiento de reequilibrio o compensación de la concesión que solicitó al órgano de contratación el 3 de mayo de 2021.

En su opinión, las resoluciones impugnadas dependen o están vinculadas con el que resuelva aquella solicitud, que es consecuencia del perjuicio económico que le ha causado el estado de alarma y es el fundamento sustantivo del recurso que interpone contra las Resoluciones impugnadas. En su parecer, se trata, de una cuestión de prejudicialidad.

La recurrente argumenta que el estado de alarma le ha ocasionado perjuicios económicos, pero no pretende renegociar la concesión y que no nos encontramos ante un problema de mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato por las razones de la cláusula 57 del PCAP; por eso, las Resoluciones que impugna se equivocan cuando hacen referencia a esta cláusula. Expone que el que pretende es que la Administración adopte una medida transitoria y extraordinaria — preferentemente, la modificación temporal de la cláusula 55.3 del PCAP y, supletoriamente, la ampliación del plazo de la duración inicial de la concesión—, fundamentada en el Real Decreto ley 8/2020, que compense el perjuicio que la situación de crisis sanitaria le ha ocasionado.

– Contestación a la alegación única. Se tiene que rechazar por los motivos siguientes:

En primer lugar, en relación con la suspensión solicitada, hay que tener en cuenta que el que la recurrente solicita es la suspensión de la tramitación del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pero no la suspensión de la ejecución de los actos impugnados.

La recurrente alega que el artículo 22 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante, LPACAP) regula los supuestos en que se puede suspender el plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la Resolución. Concretamente dispone el siguiente:

1. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se puede suspender en los casos siguientes:
 - a) Cuando se tenga que requerir a cualquier interesado para la enmienda de deficiencias o la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que transcurra entre la notificación del requerimiento y su cumplimiento efectivo por parte del destinatario, o, si no hay, por el del plazo concedido, todo esto sin perjuicio del que prevé el artículo 68 de esta Ley.
 - b) Cuando se tenga que obtener un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano de la Unión Europea, por el tiempo que transcurra entre la petición, que se tiene que comunicar a los interesados, y la notificación del pronunciamiento a la Administración instructora, que también se los tiene que comunicar.
 - c) Cuando haya un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución de que se trate, desde que se tenga constancia de su existencia, hecho que se tiene que comunicar a los interesados, hasta que se resuelva, hecho que también se tiene que notificar.
 - d) Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma Administración o de una de diferente, por el tiempo que transcurra entre la petición, que se tiene que comunicar a los interesados, y la recepción del informe, que también se les tiene que comunicar. Este plazo de suspensión no puede exceder en ningún caso los tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, el procedimiento prosigue.
 - e) Cuando se tengan que efectuar pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimientes propuestas por los interesados, durante el tiempo necesario para incorporar los resultados al expediente.
 - f) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos que prevé el artículo 86 de esta Ley, desde la declaración formal sobre esto y hasta la conclusión sin efecto, si se tercia, de las negociaciones referidas, hecho que se tiene que constatar mediante una declaración formulada por la Administración o los interesados.
 - g) Cuando para resolver el procedimiento sea indispensable obtener un pronunciamiento previo por parte de un órgano jurisdiccional, desde el momento en que se solicita, hecho que se tiene que comunicar a los interesados, hasta que la Administración tenga constancia, hecho que también se les tiene que comunicar.

2. El transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se suspende en los casos siguientes:

- a) Cuando una Administración pública requiera otra porque anule o revise un acto que entienda que es ilegal y que constituya la base para el cual la primera tenga que dictar en el ámbito de sus competencias, en el supuesto a que se refiere el apartado 5 del artículo 39 de esta Ley, desde que se hace el requerimiento hasta que se atiende o, si se tercia, se resuelva el recurso interpuesto ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Se tiene que comunicar a los interesados tanto la realización del requerimiento como su cumplimiento o, si se tercia, la resolución del recurso contencioso administrativo correspondiente.
- b) Cuando el órgano competente para resolver decida llevar a cabo alguna actuación complementaria de las que prevé el artículo 87, desde el momento en que se notifique a los interesados el acuerdo motivado del inicio de las actuaciones hasta que se produzca la terminación.
- c) Cuando los interesados promuevan la recusación en cualquier momento de la tramitación de un procedimiento, desde que esta se plantee hasta que sea resuelta por el superior jerárquico del recusado.

Dada la literalidad del artículo, no nos encontramos ante ninguno de los supuestos que prevé, por lo cual no resulta de aplicación, ni por analogía, la solicitud de suspensión que solicita.

Hay que mencionar que el artículo 117 LPACAP regula la suspensión de la ejecución de los actos impugnados en el sentido siguiente:

1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca el contrario, no suspende la ejecución del acto impugnado.
2. No obstante lo que dispone el apartado anterior, el órgano a quien compite resolver el recurso, con la ponderación previa, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, puede suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:
 - a) Que la ejecución pueda causar perjuicios de reparación imposible o difícil.
 - b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho que prevé el artículo 47.1 de esta Ley.

Dado que la recurrente no lo ha solicitado, ni tampoco se aprecia de oficio la concurrencia de las causas de suspensión de la ejecución que contempla el artículo 117, no hay que hacer más apreciaciones al respecto, quedando descartada cualquier tipo de suspensión.

En segundo lugar, antes de hacer referencia al único argumento de la recurrente (solicitud de resolver, previamente, un procedimiento de reequilibrio, compensación o modificación del contrato), hay que dejar constancia del hecho que la recurrente, en el escrito del recurso, no ha

alegado ninguna irregularidad ni infracción, fundamentada en los artículo 47 y 48 de la LPACAP, que pueda ser causa de nulidad, anulabilidad o infracción del ordenamiento jurídico que pueda afectar las resoluciones impugnadas.

Hay que recordar que l'artículo 112 LPACAP dispone que:

Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directamente o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, los interesados pueden interponer los recursos de altura y potestativo de reposición, que corresponde fundar en cualquier de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos a los artículos 47 y 48 de esta Ley.

Los artículos 38 y 39 LPACAP, disponen que los actos administrativos se presumen válidos, son inmediatamente ejecutivos y producen efectos desde la fecha en que se dicten.

No obstante, se ha revisado el expediente administrativo para comprobar la legalidad de las Resoluciones impugnadas. Del régimen económico financiero que rige la concesión, previsto en las cláusulas 55 y siguientes del PCAP, resulta de interés tener en cuenta lo siguiente:

La cláusula 55.1, relativa a la retribución por la realización de la obra, dispone que:

1. El Gobierno de las Illes Balears abonará trimestralmente al concesionario, en sustitución del usuario de la Carretera, una cantidad en función de los usuarios de la misma, denominada, a efectos de los Pliegos y del contrato, una retribución que será variable en función de la utilización de la Carretera.
[...]

El punto 3 de la cláusula 55 del PCAP dispone literalmente que:

1. El importe trimestral a pagar por el Govern de les Illes Balears al concesionario, en concepto de retribución variable, será el resultado de multiplicar la tarifa vigente en ese momento por el número de vehículos-kilómetro habidos en el año anterior, aprobado por la Administración y el concesionario en el acta a la que se refiere el presente Pliego, y dividido por 4, sin perjuicio de la liquidación final que se realice según lo dispuesto en las siguientes cláusulas, de acuerdo con la calidad del servicio prestado. De este importe se deducirán las correspondientes penalizaciones y sanciones establecidas en el pliego de prescripciones técnicas para la conservación y explotación en el caso de que el servicio no cumpliera con la calidad exigida, tramitadas de acuerdo con el procedimiento establecido en el presente pliego.

De la cláusula 55.4, relativa al importe máximo de la retribución variable a pagar por el Gobierno a la concesionaria hay que tener en cuenta que:

El importe anual a pagar por el Gobierno de las Illes Balears al concesionario en concepto de retribución variable será el que resulte de aplicar las tarifas propuestas en su oferta —que serán inferiores, en todo caso, a las establecidas lo Estudio de Viabilidad Económico-Financiera— a los vehículos-kilómetro habidos cada año, sin que el aumento anual de la retribución variable pueda exceder de los incrementos interanuales de tráfico previstos en el referido Estudio de Viabilidad Económico-Financiera, ello aun en el caso de que los incrementos reales sean superiores a los previstos.

La cláusula 56, recoge el procedimiento de determinación del pago trimestral de la retribución variable por la utilización de la obra y la liquidación de la retribución pendiente, que es el siguiente:

[...]

2. La liquidación de la retribución variable pendiente, que deberá realizarse antes del 31 de abril del correspondiente ejercicio, se determinará por la diferencia entre la suma de los pagos trimestrales realizados el año anterior y el importe resultante de multiplicar las tarifas vigentes en el año correspondiente por los tráficos finalmente habidos y aprobados en el acta anteriormente citada, afectado por las penalizaciones resultantes de los incumplimientos que se exponen en el presente pliego y en el pliego de condiciones técnicas. Esta liquidación será aprobada por el órgano de contratación.

[...]

3. Para el primero ejercicio anual completo de explotación de la Carretera y los años sucesivos se considerará la cuantificación del tráfico para cada tipo de vehículos que haya circulado por la Carretera en el ejercicio inmediatamente anterior, así como las tarifas unitarias actualizadas y aprobadas, teniendo en cuenta la estructura tarifaria determinada en el Pliego. El importe total calculado se dividirá por cuatro y será facturado trimestralmente por el concesionario y abonado a cuenta por la Administración.

Del expediente administrativo se desprende que la concesionaria emitió y envió, al órgano de contratación, el acta de tránsito correspondiente en 2020, en la cual se reflejaba el tráfico real de 2020. De acuerdo con esto, el responsable del contrato llevó a cabo la revisión del acta, lo cual quedó reflejada en los informes de 9 y 22 de marzo de 2021, en base a los cuales se dictó la Resolución de liquidación que se impugna y, en consecuencia, dadas las facturas erróneamente presentadas, las Resoluciones de devolución de las facturas, que también se impugnan.

También consta que, en el procedimiento tramitado para dictar la Resolución de liquidación y determinación del importe de la retribución variable de 2021, ya se habían rechazado las solicitudes de la concesionaria

relativas a realizar el cálculo de la retribución variable de 2021 teniendo en cuenta los datos del tránsito de 2019, en vez de las de 2020.

Esta solicitud, que se reitera en el recurso, es contraria a las cláusulas que rigen el contrato y ya fue rechazada en la Resolución que se impugna, en el sentido siguiente:

7. En referència a la sol·licitud que la quantia a abonar per l'Administració en concepte de retribució variable es faci damunt les dades del trànsit de l'any 2019, hem de dir que això no es possible atès que l'Administració ha de calcular la retribució variable d'un exercici d'acord amb allò que estableix el plec rector del contracte, i la sol·licitud que formula la concessionària suposaria deixar de banda el que diu, en concret, la clàusula 56.3:

“Para el primer ejercicio anual completo de explotación de la carretera y los años sucesivos se considerará la cuantificación del tráfico para cada tipo de vehículos que haya circulado por la carretera en el ejercicio anterior, así como las tarifas unitarias actualizadas y aprobadas, teniendo en cuenta la estructura tarifaria determinada en el pliego. El importe total calculado se dividirá por cuatro y será facturado trimestralmente por el concesionario y abonado por la Administración.”

No se puede olvidar que los pliegos constituyen la Ley del contrato y son de obligado cumplimiento por las partes contratantes, tal como ha reiterado la Jurisprudencia en infinitas ocasiones:

[...]

es necesario recordar, en primer lugar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, talas como el sintetizado en el brocardo «pacta sunt servanda» con sus corolarios del imperio de la buena fe y del non licet contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del contrato son claros y no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de remitirse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982).

En el informe del órgano de contratación de 18 de mayo de 2021, emitido en relación con el recurso interpuesto, se afirma que:

[...] los actos impugnados se han adoptado en estricto cumplimiento del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la concesión, que marca unos plazos determinados porque la Administración adopte estos actos, así la retribución variable se tiene que determinar antes del 31 de marzo de cada año, dado que en esta fecha vence el plazo para abonar el primer trimestre de la retribución variable y la liquidación del

año anterior se tiene que aprobar antes del 31 de abril de cada año por lo cual a la Administración no le queda más remedio que adoptar estos actos dentro de plazo, cosa que hizo mediante la Resolución de consejero de Movilidad y Vivienda, de 31 de marzo de 2021, por la cual se aprueba la liquidación 2020 resultado del acta de tránsito 2020 emitida por la concesionaria ACCESOS DE IBIZA SA de la concesión de obra pública para el nuevo acceso al aeropuerto de Eivissa, fija la retribución variable a abonar por la Administración a Accesos de Ibiza SA durante el año 2021.

A juicio de la Junta Consultiva de contratación, la Resolución de liquidación de 2020, en la cual también se determina el importe de la retribución variable que la concesionaria cobrará durante el año 2021, no contiene ningún error ni incongruencia y los cálculos se ajustan a lo que prevén las cláusulas 55 y siguientes del PCAP que rigen la concesión. Además, hay que añadir que la Resolución se encuentra motivada; en cambio, la recurrente no ha alegado ni acreditado ningún aspecto que pueda afectar su validez.

Del mismo modo, en el escrito del recurso tampoco constan los motivos de la recurrente para impugnar la legalidad de las Resoluciones dictadas el 13 de abril de 2021, en virtud de las cuales se rechazaron las facturas núm. 1 y núm. 61 rectificadas.

Una vez comprobado el expediente y el contenido de las referidas resoluciones, tampoco se aprecian errores, incongruencias ni carencia de motivación que invaliden la presunción de legalidad que las ampara. Y, dado que la recurrente no ha alegado ni acreditado ninguna causa, fundamentada en los artículos 47 y 48 de la LPACAP, de irregularidad o infracción del ordenamiento jurídico, las Resoluciones impugnadas también se consideran válidas.

En conclusión, en este sentido, el recurso presentado se tendrá que desestimar.

Finalmente, el único argumento de la recurrente es la necesidad que se resuelva el procedimiento de reequilibrio, compensación o modificación del contrato que ha solicitado. Argumenta que el tránsito real de 2020, inferior al habitual antes de la pandemia, le ha causado perjuicios económicos y se han reducido los beneficios que le reportaba la concesión.

Este argumento resulta improcedente, puesto que en nada invalida la legalidad de las resoluciones impugnadas, que ha quedado confirmada con los argumentos expuestos antes.

La Junta Consultiva de contratación administrativa comparte la opinión del órgano de contratación, que ya dejó constancia, en la Resolución de consejero de Movilidad y Vivienda, de 31 de marzo de 2021 de aprobación de la liquidación 2020, que:

La procedencia o no de compensaciones como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 es una cuestión que se tiene que analizar en el marco del procedimiento oportuno, en el cual se tendrá que tener en cuenta el marco legal aplicable al contrato y analizar, en particular, si concurren las circunstancias que permiten aplicar el que prevé la cláusula 57 del PCAP. En todo caso, esto último no puede suponer que la liquidación y el cálculo de la retribución variable del año en curso se haga al margen del que determina la documentación contractual.

En el informe del órgano de contratación de 18 de mayo de 2021, emitido en relación con el recurso interpuesto, se añade que:

La propia resolución impugnada ya dejaba claro que el impacto de la crisis sanitaria se tenía que analizar en un procedimiento separado de la liquidación de 2020 y de la determinación de la retribución variable, que no se podía analizar hasta el momento de la aprobación del acta de tránsito de 2020, puesto que no tenemos que olvidar que durante el ejercicio 2020 no se pudo estudiar el impacto de la COVID19 sobre la concesión, puesto que la concesionaria estaba cobrando en regularidad la retribución variable de 2020 calculada sobre el tránsito real de 2019.

En conclusión, la solicitud de la recurrente porque se compensen, si se tercia, los perjuicios que la situación del estado de alarma le ha ocasionado, es objeto de otro procedimiento, la tramitación y la determinación del régimen jurídico aplicable al cual, corresponde, en todo caso, al órgano de contratación.

La concesionaria, una vez tramitado el procedimiento y dictada la Resolución que corresponda, si no está de acuerdo, podrá impugnarla en el momento y con los argumentos que considere oportunos.

Por todo esto, dicto el siguiente

Acuerdo

1. Desestimar íntegramente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa Accesos de Ibiza, SA, contra la Resolución de consejero de Movilidad y Vivienda de 31 de marzo de 2021, por la cual se aprueba la liquidación del año 2020 y las Resoluciones de consejero de

Movilidad y Vivienda de 13 de abril de 2021, por las cuales se ordena la devolución de las facturas núm. 1 y núm. 61 rectificadas.

2. Notificar este Acuerdo a Accesos de Ibiza, SA, y en la Consejería de Movilidad y Vivienda.

Interposición de recursos

Contra este Acuerdo —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquel en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.

La secretaria de la Junta Consultiva
de Contratación Administrativa

María Matilde Martínez Montero