

Dictamen nº: **623/21**
Consulta: **Alcalde de San Martín de la Vega**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **30.11.21**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 30 de noviembre de 2021, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de San Martín de la Vega a través del entonces consejero de Vivienda y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre interpretación del contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión denominado: *“Gestión de la instalación deportiva municipal de piscina cubierta y acondicionamiento y explotación de gimnasio ubicado en el mismo recinto”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 21 de mayo de 2021 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen, relativa al expediente sobre la interpretación del citado contrato.

Con fecha 26 de mayo de 2021 se solicitó documentación adicional con suspensión del plazo para emitir dictamen.

La citada documentación tuvo entrada el pasado 12 de noviembre indicando el Ayuntamiento de San Martín de la Vega que la

documentación requerida había sido remitida el 1 de junio de 2021 a través de la Consejería de Vivienda y Administración Local.

Dicha documentación no fue remitida a esta Comisión desde la Consejería por lo que se remitió de nuevo de forma directa el 12 de noviembre de 2021.

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

1. El 23 de julio de 2009 el pleno del Ayuntamiento de San Martín de la Vega aprobó los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y de prescripciones técnicas (PPT) del contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión denominado: Gestión de la instalación deportiva municipal de piscina cubierta y acondicionamiento y explotación de gimnasio ubicado en el mismo recinto en el municipio de San Martín de la Vega a adjudicar por procedimiento abierto.

2. Junto con los pliegos se aprobaron tanto el proyecto de explotación de piscina cubierta y acondicionamiento y explotación de gimnasio ubicado en el mismo recinto en el municipio de San Martín de la Vega como el proyecto de acondicionamiento de gimnasio en el recinto de la piscina cubierta.

3. Tras la oportuna tramitación, el Pleno del Ayuntamiento adjudicó provisionalmente el contrato el 16 de octubre de 2009 a la mercantil Servicio, Cultura y Recreación S.L. (en adelante, la concesionaria) formalizándose el contrato el 13 de noviembre de 2019. El precio del contrato a abonar por la Administración sería de 345.820 euros anuales (IVA incluido) y el plazo de duración del contrato sería de 25 años.

4. El 8 de marzo de 2021 el arquitecto técnico municipal emite un informe en el que recoge que el edificio fue entregado al Ayuntamiento de San Martín de la Vega el 24 de noviembre de 2011 y la concesionaria solicitó en los años 2014 y 2016 licencias de obra menor para redistribución de espacios de sala y hall de entrada y para solado con hormigón impreso.

El 5 de febrero de 2017 y como consecuencia de unas rachas de fuertes vientos, la chapa de la cubierta de la piscina se desprendió y tuvieron que intervenir los bomberos de la Comunidad de Madrid. Se inspeccionó la cubierta afectada, donde se desprendió parte de la misma en la zona este del edificio, por parte de los bomberos, se despejó la zona afectada y se dejó la parte de la cubierta que no tenía aparentemente daños.

Durante los siguientes días, la empresa concesionaria, cubrió con una lona la parte de cubierta desprendida, para impedir la entrada de agua y contrató a una empresa que ejecutó los trabajos de reposición de la chapa de la cubierta, así como el repaso y anclaje del resto de la cubierta. Adjunta fotografías de la cubierta.

5. Consta un informe, sin fechar, elaborado por la Concejalía de Deportes relativo a las anomalías observadas en las instalaciones de piscina cubierta y gimnasio. Según dicho informe la reparación de tales deficiencias corresponde a la concesionaria de acuerdo con los pliegos y con su oferta. Requiere a la concesionaria para que proceda a su arreglo en el plazo de tres meses y adopte las medidas necesarias para el mantenimiento preventivo de la instalación evitando así llegar a recibir quejas de los usuarios por falta del mismo. Se adjuntan una serie de fotografías de los desperfectos.

6. Consta un escrito de 20 de noviembre de 2019 del concejal de Deportes, Contratación y Atención al Ciudadano dirigido

a la concesionaria en el que en contestación a un escrito de esta (que no se adjunta) de 18 de septiembre de 2019 al que se adjuntaría un informe sobre el estado de los vasos del spa, se le indica que tras la visita del arquitecto técnico municipal no constan escritos de la concesionaria comunicando desperfectos y pérdida de agua en los años 2014-2019. Solicitan a la concesionaria un informe firmado por técnico competente especificando los trabajos de mantenimiento efectuados por la concesionaria y las medidas adoptadas para evitar las pérdidas de agua. Igualmente requieren a la concesionaria las comunicaciones realizadas a la aseguradora del seguro multirriesgo exigido en el contrato.

7. El 3 de marzo de 2021 la Junta de Gobierno Local acordó iniciar un procedimiento de interpretación del contrato.

En el acuerdo se recoge que, con fechas 11 de enero y 10 de febrero de 2021, la concesionaria presentó escritos en los que instaba al ayuntamiento a la reparación de una serie de deficiencias, indicando, que en caso contrario, procedería a hacerlo ella con posterior reclamación al Ayuntamiento.

Se destaca que, el 20 de noviembre de 2019, el concejal del Área de Deportes, Contratación y Atención al Ciudadano dirigió un requerimiento a la concesionaria en el que se indicaba que, realizada la visita realizada a las instalaciones, y realizado informe por parte del arquitecto técnico municipal, y no constando escritos donde se ponga de manifiesto los desperfectos y pérdidas de agua desde el año 2014 hasta el año 2019, se requería a la concesionaria un informe donde quedasen especificados los trabajos de mantenimiento realizados durante dichos años, así como las medidas adoptadas para impedir que las pérdidas de agua fueran continuas, siendo obligación de la concesionaria como responsables

del mantenimiento de las instalaciones, tal y como consta en el contrato. Dicho requerimiento no fue atendido.

El coordinador de Deportes emitió un informe el 25 de octubre de 2019 en el que recogía la existencia de desperfectos, en concreto daños en la fachada debidos a óxido, cristales rotos, pintadas así como mobiliario urbano defectuoso entendiendo que su reparación correspondía a la concesionaria. Por informe posterior de 5 de noviembre de 2020 hizo constar que el requerimiento de 20 de noviembre de 2019 no fue atendido y que inspeccionada la instalación se comprueba que el spa está totalmente cerrado al público debido a los desperfectos, encontrándose igualmente deficiencias en la zona de la piscina climatizada y zona exterior de la instalación (lateral norte de la fachada).

Asimismo los servicios jurídicos informaron el 3 de marzo de 2021 entendiendo que la obligación de mantenimiento derivada de la gestión de la instalación deportiva municipal de piscina cubierta y acondicionamiento y explotación de gimnasio corresponde a la concesionaria, por lo que procedería la incoación del procedimiento de ejercicio de la prerrogativa de interpretación del contrato.

Por todo ello la Junta de Gobierno Local acuerda dar inicio al procedimiento de interpretación otorgando un plazo de cinco días para audiencia a la concesionaria.

8. Por escrito presentado el 15 de marzo de 2021 la concesionaria formula alegaciones en el procedimiento de interpretación contractual.

Considera la concesionaria que su obligación de “*mantenimiento*” no puede entenderse como relativa a cualquier reparación del edificio que alberga las instalaciones sino

exclusivamente a las “*instalaciones*” que sí le corresponden como concesionaria del servicio. Por el contrario, aquellas deficiencias que tengan su origen en una deficiente ejecución de la obra deberán ser reparadas por el Ayuntamiento de San Martín de la Vega como propietario de las instalaciones. Por ejemplo, es el caso de la oxidación de los materiales del exterior del inmueble que, según dos informes redactados por un ingeniero técnico municipal, proceden de una mala ejecución de la obra y de unos materiales de construcción inadecuados.

En concreto, destaca que la concesionaria ha procedido al pintado de diversas zonas de las instalaciones para eliminar pintadas y a colocar la madera del respaldo del banco situado en el acceso al centro.

Aporta informes de un ingeniero técnico industrial, partes de mantenimiento y una factura de albañilería.

9. El 25 de marzo de 2021 la Junta de Gobierno Local adopta un acuerdo en el que considera que corresponde a la contratista el mantenimiento y reparación de las instalaciones de acuerdo con la normativa aplicable, los pliegos y la oferta de la concesionaria.

Destaca que el Dictamen 268/2013, de 13 de julio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid tuvo en cuenta un criterio sistemático y el proyecto de explotación de la concesión como criterio para decidir las obligaciones que debe asumir el concesionario en el contrato de gestión de servicio público. De esta forma, recuerda que la cuenta de resultados provisionales del servicio contempla una partida para mantenimiento de unos 10.000 euros anuales.

Recuerda asimismo que es inherente al contrato de concesión la idea de riesgo de explotación, riesgo que excede del tradicional riesgo y ventura de la contratación administrativa general.

Asimismo, recuerda que la concesionaria no aportó los informes que en su día le requirieron ni tampoco los partes de mantenimiento que ahora ha aportado con las alegaciones.

Por todo ello considera que el mantenimiento de las instalaciones corresponde a la concesionaria.

El acuerdo de la Junta de Gobierno Local decide elevar el expediente a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora con suspensión del plazo que será comunicada a la concesionaria.

TERCERO.- El alcalde de San Martín de la Vega a través del entonces consejero de Vivienda y Administración Local formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 21 de mayo de 2021, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 30 de noviembre de 2021.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de

28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, sus entidades locales y las universidades públicas en los supuestos de *“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 de las Administraciones públicas”*, y ha sido formulada por órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.d) del ROFCJA.

SEGUNDA.- El contrato cuya interpretación se pretende se adjudicó provisionalmente el 16 de octubre de 2009. De esta forma resulta de aplicación la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), de acuerdo con lo dispuesto en la disposición transitoria 1ª 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/17). No obstante, en cuanto al procedimiento para el ejercicio de la prerrogativa de interpretación contractual resulta de aplicación esta última al iniciarse el procedimiento bajo su vigencia.

En cuanto a la competencia para acordar la interpretación de los contratos administrativos, el artículo 194 de la LCSP (actual artículo 190 de la LCSP/17) dispone que *“dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de (...) interpretar los contratos administrativos”*.

Por lo que se refiere al procedimiento de interpretación contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio (esto es, el 4 de julio de 2021), lo que supone la aplicación de la LCSP/17, en particular de su artículo 191. Además,

ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el 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 (RGLCAP), referido específicamente a la “*resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos*”.

De forma subsidiaria se aplicará, conforme la disposición final 4^a de la LCSP/17, la legislación de procedimiento administrativo, en concreto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

El artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRLRL) establece que en los expedientes de interpretación emitirán informe la Secretaría y la Intervención municipales. En este caso, el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 25 de marzo de 2021 reproduce el contenido del informe de la Secretaría y de la Intervención de 24 de marzo de 2021.

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191.3 de la LCSP/17 (anteriormente artículo 211.3 del TRLCSP), 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, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso, en que hay discrepancia en cuanto a la interpretación.

En relación con el plazo para resolver, al no recoger un plazo específico la legislación de contratos públicos, ha de aplicarse el general de tres meses del artículo 21.3 de la LPAC. Dicho plazo ha sido suspendido al amparo del artículo 22.1 d) de dicha norma legal.

No obstante, resulta oportuno hacer una mención a la jurisprudencia que ha eliminado las dudas sobre la posibilidad de que los procedimientos de interpretación caducasen. De esta forma, sentencias como las del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 12 de marzo de 2015 (rec. 118/2014), del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 14 de septiembre de 2016 (rec. 77/2015) y singularmente la del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2020 (rec. 432/2018) han considerado que la interpretación contractual no puede considerarse una potestad interventora, por lo que no entra en juego el plazo de caducidad. Este criterio también ha sido también asumido por el Consejo de Estado en su Dictamen 877/2017, de 12 de abril de 2018.

TERCERA.- La cuestión que se plantea estriba en determinar si una serie de defectos que han surgido en las instalaciones de la piscina cubierta y gimnasio deben ser corregidos por el concesionario o corresponde su reparación a la Administración titular del servicio y propietaria de las instalaciones.

Con carácter previo ha de indicarse que el procedimiento de interpretación contractual no es la vía adecuada para solucionar concretas incidencias en la ejecución del contrato ni ha de convertirse en una especie de arbitraje entre las pretensiones contradictorias de las partes del contrato.

El Consejo de Estado en su Memoria del año 2019 analizó este problema indicando que el procedimiento de interpretación contractual ha de deslindarse de la resolución de incidencias surgidas en la ejecución aun cuando ambos procedimientos sean parejos tramitándose con arreglo al artículo 97 del RGLCAP si bien en el caso de la interpretación, de existir oposición por el contratista, es preciso el dictamen del órgano consultivo.

Como destaca el Consejo de Estado la distinción entre interpretación y resolución de incidencias no siempre es fácil. La incidencia existiría en los casos que el contratista incumple obligaciones; en los casos de divergencias sobre la cuantificación de las prestaciones o cuando en la discrepancia prevalecen aspectos fácticos o técnicos.

Es decir, en las incidencias, aun cuando sea necesaria la interpretación de cláusulas legales o contractuales, no son realmente una interpretación al prevalecer el carácter fáctico del hecho controvertido que ha de subsumirse en las normas aplicables. En cambio, en los procedimientos de interpretación se trata de resolver dudas jurídicas con la finalidad de establecer la voluntad de los contratantes (artículo 1281 del Código Civil). Es por ello que las divergencias que han de resolverse a la vista de unos concretos datos fácticos son incidencias contractuales y no procedimientos de interpretación (Dictamen 820/2018, de 14 de marzo de 2019).

En el caso que nos ocupa, existe un indiscutible elemento fáctico como es el que las deficiencias existentes en las instalaciones afectas al contrato se atribuyen por parte del Ayuntamiento a un deficiente mantenimiento de las instalaciones y, según la concesionaria, a una serie de deficiencias constructivas.

Esta cuestión no puede resolverse por esta Comisión ya que no es propiamente una cuestión jurídica sin puramente valorativa de los informes técnicos aportados por la concesionaria y por los servicios técnicos municipales.

CUARTA.- No obstante y para tratar de que el órgano de contratación adopte una decisión ajustada a derecho sí pueden hacerse una serie de consideraciones sobre las obligaciones de

mantenimiento de las instalaciones afectas al contrato de gestión de servicios públicos.

El artículo 255 de la LCSP establece la obligación del contratista del contrato de gestión de servicios públicos (en este caso, la concesionaria) de prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación. Además, al contemplar las obligaciones del contratista, establece que deberá prestar el servicio con la continuidad convenida, cuidar del buen orden del servicio e indemnizar los daños que puedan causarse a terceros *“excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración”*.

También interesa destacar que el artículo 259 de la LCSP establecía que, al finalizar el contrato, el contratista debía *“(…) entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados”*. De otro lado, en caso de resolución, el artículo 264.1 establecía que la Administración abonaría al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.

De estos preceptos se desprende que el contratista tiene la obligación de revertir las obras e instalaciones en el estado de conservación y funcionamiento adecuados y por ende ha de asumir los costes de conservación necesarios para ello.

Este deber se recoge expresamente en el artículo 115 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, al disponer que el *“deber del concesionario de mantener en buen estado las obras e instalaciones”*.

Este precepto forma parte del título III del citado Reglamento, cuya vigencia se ha mantenido (“*en cuanto no se oponga a lo establecido en la Ley y en este Reglamento*”) de acuerdo con la disposición derogatoria única del RGLCAP.

Es más, en el contrato de concesión de obra pública, los artículos 229 y 230 de la LCSP establecen que el concesionario debe cuidar del buen orden y de la calidad de la obra pública y mantener esta de acuerdo con lo que, en cada momento y según el progreso de la ciencia, disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios.

Todas estas previsiones legales permiten establecer que el mantenimiento de las instalaciones corresponde al concesionario. Como no podía ser menos, la cláusula 30ª del PCAP establece que es obligación de la concesionaria “*mantener en buen estado las obras, instalaciones, bienes y medios auxiliares aportados por la Administración, en su caso.*” Esta obligación es claramente instrumental para lograr el cumplimiento del objeto del contrato como es la prestación del servicio público a los usuarios del mismo.

También para garantizar esa obligación el PCAP (cláusula 31ª.3 y anexo I) impone al concesionario la suscripción de un seguro multirriesgo que cubra la totalidad de los bienes que se entregan al concesionario y de la que será beneficiario el Ayuntamiento de San Martín de la Vega.

De esta forma es lógico que el proyecto de explotación contemple unos costes anuales de 9.500 euros para mantenimiento y reparaciones.

En suma, hay que concluir que el mantenimiento de las instalaciones corresponde al concesionario y el Ayuntamiento está

facultado para obligar al concesionario a realizar las reparaciones necesarias para el funcionamiento del servicio público. Si el coste de tales reparaciones como consecuencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinase la ruptura del equilibrio financiero de la concesión cabría aplicar lo previsto en la cláusula 28ª.2 del PCAP.

Ahora bien, si los desperfectos que han surgido en las instalaciones no se deben bien a una utilización normal o a una falta de mantenimiento, sino que, como afirma la concesionaria, son debidos a deficiencias constructivas y, por tanto, por causas preexistentes a la cesión de las instalaciones al concesionario, su reparación correspondería al ayuntamiento si bien ello deberá quedar plenamente acreditado mediante los oportunos informes periciales y de los servicios técnicos del ayuntamiento. Ello es así por cuanto resulta evidente que las partes del contrato no pretendieron en ningún momento que el concesionario reparase deficiencias constructivas (artículo 1283 del Código Civil).

Esa concreta determinación es una cuestión fáctica sobre la cual esta Comisión no ha de pronunciarse ya que escapa del concepto de la prerrogativa de interpretación contractual tal y como se ha indicado.

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

CONCLUSIÓN

Corresponden al concesionario de un servicio público tanto el mantenimiento preventivo de las instalaciones afectas a la concesión

como la reparación de las deficiencias provocadas por el uso normal de tales instalaciones.

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 30 de noviembre de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 623/21

Sr. Alcalde de San Martín de la Vega

Pza. de la Constitución, 1 – 28330 San Martín de la Vega