

Dictamen nº: **437/16**  
Consulta: **Consejero de Educación, Juventud y Deporte**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **29.09.16**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 29 de septiembre de 2016, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 5.3.f).d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre resolución del *“Contrato de gestión del servicio público, en régimen de concesión, de las instalaciones de la piscina climatizada del colegio de educación infantil y primaria El Sol, de Madrid”*.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 1 de septiembre de 2016 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Educación, Juventud y Deporte el día 30 de agosto, sobre expediente de resolución del contrato de gestión del servicio público, en régimen de concesión, de las instalaciones de la piscina climatizada del colegio de educación infantil y primaria El Sol, de Madrid, suscrito con la U.T.E. Gesmanfor-Doe Sport III (en adelante, *“la contratista”*).

Admitida a trámite, con esa misma fecha se procedió a dar entrada en el registro de expedientes con el número 478/16, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA), cuyo vencimiento se fijó el 6 de octubre de 2016.

Ha correspondido su ponencia al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en su sesión de 29 de septiembre de 2016.

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

1.- Mediante Orden 2100/2014/01, de 27 de junio de 2014, de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas que habían de regir la adjudicación del citado contrato de gestión de servicio público.

La adjudicación a la oferta presentada por la contratista se acordó por Orden de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, de 31 de julio de 2014, fijándose un canon anual de explotación de 12.000 euros y formalizándose el contrato administrativo con fecha 5 de agosto de 2014 con un plazo de ejecución que comprendía desde el 1 de septiembre de 2014 hasta el 31 de agosto de 2016.

2.- Con fecha 20 de marzo de 2015, la contratista presentó escrito al que adjuntaba diversos informes técnicos y facturas en relación con reparaciones y reposición de material de las instalaciones. Señalaba en su escrito que debió hacer frente a unos gastos de primer

establecimiento, por la necesidad de realizar obras e instalaciones en la piscina, que consideraba que no le correspondían, razón por la que solicitó que le fuese reembolsada la cuantía de las obras realizadas hasta la fecha, así como otros gastos, ascendiendo a un importe total de 78.544,85 euros.

3.- Mediante Orden 857/2015, de 31 de marzo de 2015, de la consejera de Educación, Juventud y Deporte, se acordó el inicio de expediente de resolución del contrato por mutuo acuerdo de las partes.

4.- La Dirección General de Infraestructuras y Servicios emitió sendos informes técnicos, de fecha 20 de abril de 2015, sobre los gastos, obras e instalaciones que asumió la contratista. El primero de ellos, tras analizar cada una de las partidas, concluía:

*«... entendemos que los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid deben ser quienes digan la cantidad económica a indemnizar, basándose en este informe técnico, máxime cuando hay un apartado según el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares en Apartado 5, página 6 y en Cláusula 4, página 18, donde dice que “el contratista no vendrá obligado a realizar obras e instalaciones por estimarse suficientes las existentes”».*

El segundo informe analizaba el estado de las instalaciones afirmando que:

*“- Teniendo en cuenta que dichas conclusiones se amparan desde una inspección visual, se puede decir que el edificio, que data su fecha de construcción en el año 1970, ha tenido un abandono generalizado en el mantenimiento de sus instalaciones. Y que los problemas existentes se podrían haber subsanado con un correcto mantenimiento.*

*- A nivel estructural, aparentemente no se observan problemas importantes de riesgo inminente, aunque se han hecho una serie de calas en unas fisuras detectadas en la junta entre hormigones del pilar y arco de las 4 esquinas del edificio, para asegurarnos que alcance podrían tener, viendo la profundidad existente de dichas fisuras. Como conclusión no hay riesgo inminente de daños, pero debería repararse a corto plazo para que el daño no avance.*

*- A nivel de cerramiento acristalado, indicar que sí sería necesario su demolición y nuevo acristalamiento.*

*- A nivel de instalaciones, sí existen problemas de funcionamiento de una de las calderas, del compresor de retorno del climatizador, del tratamiento del agua de la piscina con depuradoras insuficientes, etc., siendo necesario comprobar y chequear todos los elementos de las instalaciones y, si es posible, actualizarlas según Código Técnico”.*

5.- Con fecha 9 de junio de 2015, la contratista presentó nueva propuesta de compensación económica que valoraba en 121.278,12 euros.

6.- Previa emisión de informe por la Dirección General de Infraestructura y Servicios sobre la nueva propuesta planteada, mediante Orden 1975/2015, de 25 de junio de 2015, del consejero de Educación, Juventud y Deporte, se acordó la finalización del procedimiento de resolución del contrato por no existir acuerdo entre las partes en cuanto a la cuantificación de los daños y perjuicios que correspondiera reconocer a la contratista, ordenándose la incoación de un nuevo procedimiento de resolución de contrato.

7.- La contratista presentó sendos escritos el 3 de julio de 2015, en los que solicitaba la suspensión definitiva del contrato con efectos

inmediatos o, como máximo, desde el 15 de julio de 2015 y aportaba nueva relación de facturas de los gastos definitivos realizados hasta el 30 de junio de 2015, solicitando nueva compensación económica.

8.- Mediante Orden 2121/2015, de 14 de julio de 2015, del consejero de Educación, Juventud y Deporte, se acordó el inicio del expediente de resolución del contrato por la causa establecida en el artículo 223.g) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público así como la suspensión total de la ejecución del contrato desde el 15 de julio de 2015.

9.- Con fecha 23 de julio de 2015 se requirió a la contratista la justificación de determinados gastos señalados en sus solicitudes de compensación económica.

En contestación al citado requerimiento, con fechas 3 y 4 de agosto de 2015, la contratista aportó un informe, un contrato suscrito con la empresa Movistar y facturas de gas correspondientes a los meses de abril a julio de 2015.

10.- Previo informe de la Dirección General de Infraestructuras y Servicios, de 23 de septiembre de 2015, mediante escrito del secretario general técnico de la Consejería, de misma fecha, notificado el 25 de septiembre de 2015, se otorgó trámite de audiencia a la contratista que presentó escrito de alegaciones el 5 de octubre siguiente, en el que ratificaba la cantidad exigida como indemnización por la resolución anticipada del contrato, que ascendía a un total de 168.935,93 euros, correspondiendo 71.044,26 euros a inversiones realizadas y 97.891,67 euros a la estimación de lucro cesante.

11.- Con fecha 14 de octubre de 2015, el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte emitió informe favorable

al proyecto de Orden de resolución del contrato. De igual forma, con fecha 16 de noviembre de 2015, la Intervención General emitió informe fiscal favorable a la citada Orden.

12.- La propuesta de Orden de resolución del contrato consideraba que la existencia de una serie de deficiencias en las instalaciones de la piscina objeto del contrato implica la imposibilidad de ejecución del contrato salvo que se realizase una modificación del contrato que no es jurídicamente viable. Por ello considera aplicable la causa de resolución del artículo 223 g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y entiende que ha de indemnizarse al contratista en la cantidad de 24.337 euros resultantes de las cantidades abonadas por la contratista (daño emergente) y un 3% de la prestación dejada de realizar en concepto de lucro cesante.

13.- Mediante Orden 3536/2015, de 17 de noviembre de 2015, del consejero de Educación, Juventud y Deporte, se acordó la suspensión del procedimiento por el tiempo que mediase entre la petición de dictamen al Consejo Consultivo y la recepción del mismo.

14.- El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emitió su Dictamen 532/15, de 16 de diciembre, que consideró que no procedía acordar la resolución. Entendía el Consejo que la existencia de deficiencias en las instalaciones determinaba el que se aplicase la cláusula 4ª del pliego que obligaba a la Administración a su reparación, no siendo precisa la modificación del contrato y, por tanto, la resolución al amparo del artículo 223 g) del TRLCSP.

15.- El 21 de diciembre se remite a la Intervención General de la Comunidad de Madrid para su fiscalización una propuesta de Orden en la que se mantiene la resolución aplicando la causa del artículo 223 g) del TRLCSP, apartándose del criterio del Consejo Consultivo y el 22

de diciembre se notifica al contratista que se ha acordado la suspensión del procedimiento.

16.- Con fecha 5 de enero de 2016 la Interventora delegada en Consejo de Gobierno eleva consulta a la Intervención General.

17.- El 4 de marzo de 2016 la Interventora Delegada Jefe emite informe en el que *“solicita que por el órgano gestor se complete la propuesta de resolución”* puesto que *“la escasa e insuficiente motivación impide realizar a esta Intervención una valoración sobre los efectos y consecuencias que la continuación de la tramitación del expediente en los términos propuestos por el órgano gestor puedan causar en términos económicos”*.

18.- El 9 de marzo de 2016 el secretario general técnico de la Consejería remite una nueva propuesta de resolución a la Intervención solicitando su fiscalización a la mayor brevedad posible.

19.- El 17 de marzo de 2016 la Interventora General informa desfavorablemente la propuesta de resolución al entender que el procedimiento ha caducado.

20.- Por Orden de 5 de abril de 2016 se declara la caducidad del procedimiento.

21.- El 14 de abril de 2016 la contratista presenta un escrito reclamando 131.168,56 euros por una serie de gastos realizados.

22.- El 26 de abril se solicitó por la Secretaría General Técnica a la Dirección General de Infraestructuras y Servicios la realización de un informe sobre los gastos reclamados por la contratista, petición reiterada el 11 de mayo, siendo emitido el 11 de junio.

23.- El 2 de junio de 2016 se acuerda el inicio del expediente de resolución por entender que concurre la causa del artículo 223 g) del TRLCSP.

24.- El 24 de junio de 2016 la contratista presenta alegaciones al inicio del procedimiento reclamando 158.949,06 euros por las inversiones realizadas y el lucro cesante. Con fecha 30 de junio un abogado remite un correo electrónico solicitando copia de un informe técnico y del Servicio Jurídico así como del Dictamen del Consejo Consultivo a los efectos de interponer una querrela criminal. La citada documentación es remitida el 4 de julio.

25.- El 20 de julio se solicita informe a la Abogacía General de la Comunidad de Madrid acordándose la suspensión del procedimiento, notificándose a la contratista.

26.- El 27 de julio emite informe la letrada-jefe del Servicio Jurídico favorable a la propuesta de resolución siempre que se acredite que no procede la aplicación de la cláusula 4ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

27.- El 27 de julio se solicita informe a la Intervención General y se suspende el procedimiento, notificándose igualmente a la contratista.

28.- El 9 de agosto la interventora-delegada jefe solicita una serie de actuaciones interesadas por lo que se remite la documentación solicitada el 16 de agosto, si bien el 22 de agosto la Intervención reitera alguna de las actuaciones interesadas que considera que no han sido cumplimentadas que son remitidas el 24 de agosto.

Finalmente, el 29 de agosto la interventora general informa favorablemente la propuesta de resolución.

29.- El 30 de agosto se acuerda la suspensión del procedimiento para solicitar el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora notificándose a la contratista.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer 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 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”*.

La normativa aplicable a la resolución del contrato, tanto en cuanto al fondo como procedimentalmente, es la recogida en el TRLCSP, al ser el texto vigente tanto en el momento de su adjudicación como del inicio del procedimiento de resolución, así como por lo dispuesto en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, (RGLCAP).

En este sentido, el artículo 211.3 a) del TRLCSP, establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, en los casos de *“a) interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.”*

La solicitud de dictamen se ha formulado por el consejero de Educación, Juventud y Deporte, órgano legitimado para ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

**SEGUNDA.-** La resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor *“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, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de esta”*.

El artículo 211.1 del TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se otorgue audiencia al contratista. Además, debe tenerse en cuenta que el artículo 109 del RGCAP, vigente a falta de una disposición reglamentaria que desarrolle estos procedimientos, exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*, así como informe del Servicio Jurídico. Por otro lado, el apartado tercero del precitado artículo 211 del TRLCSP dispone, como ya se ha indicado, que es 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.

En el caso que nos ocupa se ha concedido audiencia al contratista que ha presentado escrito en el que, si bien no se opone a la resolución del contrato, sí se opone a la indemnización recogida en el acuerdo de inicio.

Se ha emitido informe tanto por la Abogacía General como por la Intervención General de la Comunidad de Madrid.

La Abogacía General en informe de 27 de julio de 2016 (documento 2.8) se muestra favorable a la causa de resolución planteada si bien considera que se debe acreditar que existen causas que impiden la aplicación de la cláusula 4ª del Pliego, tal y como recogía el Dictamen del Consejo Consultivo.

La Intervención General emite informe favorable (documento 2.16) en el que se recoge en tres puntos: 1) la adjudicación del contrato; 2) la oposición del contratista a la resolución; y 3) la documentación que integra el presente expediente (Orden de inicio, acreditación del trámite de audiencia y propuesta de Orden acordando la resolución informada por la Abogacía General).

Por último, en cuanto al requisito temporal, en el caso sujeto a examen, la iniciativa de resolver el contrato ha surgido de la propia Administración que inició el expediente de resolución contractual por Orden de 2 de junio de 2016.

Así pues, el plazo habría expirado el 2 de septiembre si bien ha de tenerse en cuenta que fue suspendido para que emitieran informe tanto la Abogacía General como la Intervención General suspendiéndose de nuevo para pedir el presente Dictamen. Puesto que todas estas suspensiones se notificaron a la contratista no se ha producido en cuanto a ella la caducidad del procedimiento.

Consta en el expediente una propuesta de resolución (documento 2.17) en el que considera que no procede la aplicación de la cláusula 4ª del pliego ya que no estaríamos ante vicios ocultos puesto que la contratista realizó una visita a las instalaciones en la cual podía haber

advertido la existencia de deficiencias en las instalaciones destacando la propuesta que tales deficiencias motivaron la suspensión del contrato y “(...) *que se acuda a su resolución por falta de correspondencia entre las condiciones del contrato pactadas en los pliegos y la realidad de las obras e instalaciones*” (folio 12 de la propuesta).

**TERCERA.-** En primer lugar es necesario hacer una serie de consideraciones sobre la tramitación del primer procedimiento de resolución que fue declarado caducado en abril de 2016.

El Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid emitió su dictamen el 17 de diciembre de 2015. El artículo 3.4 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid establecía que “*Los asuntos dictaminados por el Consejo Consultivo no podrán ser sometidos al informe posterior de ningún otro órgano o institución de la Comunidad de Madrid, de las entidades locales o de las universidades públicas.*” La Ley recogía así una de las características básicas de la función consultiva que tiene su antecedente en el artículo 2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado y que, para la Comisión Jurídica Asesora, se contempla en el artículo 22.2 del ROFCJA.

Sin embargo, en el presente caso, como consecuencia de la declaración de caducidad efectuada más de tres meses después de la emisión por el Consejo Consultivo de su dictamen, se han emitido informes sobre el asunto que entran a analizar el dictamen del Consejo Consultivo al que su Ley reguladora definía como el superior órgano consultivo de la Comunidad de Madrid, cuestionando en algún caso los pronunciamientos del Consejo.

Cabe recordar a estos efectos que el Consejo de Estado en su Dictamen 88/1995, de 8 de junio, referido precisamente a un

expediente de resolución contractual de la Comunidad de Madrid afirmó que:

*«Tal cuestión, que en modo alguno resulta baladí, ya ha sido abordada por este Consejo de Estado en varias ocasiones. A partir de la doctrina sentada en aquellos precedentes se ha venido manteniendo la necesidad de que el informe de la Intervención deba figurar -cuando tenga que ser evacuado de modo preceptivo- en los expedientes que las Autoridades consultantes sometan a consideración de este Alto Cuerpo Consultivo. Resulta muy significativo el dictamen nº 45.193, de 26 de mayo de 1983, que ya advirtió de la exigencia del informe de la Intervención cuando una resolución administrativa sea capaz de generar derechos y obligaciones de carácter económico para la Hacienda Pública.*

*En este mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, a través de las Sentencias dictadas por la Sala 3ª de 11 de diciembre de 1991 y la reciente de 27 de mayo de 1993, razonan que el referido artículo 2.4 de la LOCE es índice de la posición institucional del Consejo de Estado como órgano supremo consultivo, lo que justifica que su dictamen deba ser formalmente el último respecto del de cualquier otro Cuerpo u órgano de la Administración, sin olvidar que el Consejo de Estado es también el órgano consultivo que ostenta competencia general sobre el conjunto de asuntos de que conocen las diferentes Administraciones Públicas, lo que sustancialmente permite que su intervención adquiera el carácter de juicio de síntesis de todas las cuestiones planteadas y los informes específicos emitidos con anterioridad. Uno de los rasgos básicos de este órgano consultivo es la "generalidad" de su competencia, y a tal efecto asume la función de emitir un juicio global sobre los expedientes remitidos en consulta. Por ello, el artículo 2.1 de su Ley Orgánica establece que*

*el Consejo de Estado “en el ejercicio de la función consultiva velará por la observancia de la Constitución y del resto del Ordenamiento jurídico. Valorará los aspectos de oportunidad y conveniencia cuando así lo exijan la índole del asunto o lo solicite expresamente la autoridad consultante, así como la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines”. De la generalidad que caracteriza a la función consultiva se infiere que su parecer ha de ser necesariamente posterior al de otros órganos de función de control especializados de la actuación administrativa».*

Interesa destacar que el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en sentencia de 10 de febrero de 2012 (recurso 104/2011) no dudó en anular un acuerdo del Consejo de Gobierno que aprobaba un proyecto de ley puesto que se habían emitido informes con posterioridad al dictamen del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, afirmando que:

*«(...) el Director General de la Función Pública, de forma inconcebible, se atreve a asumir funciones que ni remotamente le corresponden y se dedica a hacer la crítica del informe del Consejo Consultivo, decidiendo qué puntos “acepta” (sic), y cuáles no, del mismo, no ya sólo vulnerando flagrantemente el art. 40.3 de la Ley de Gobierno y Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, sino demostrando una notable falta de consideración por las funciones y cometido, legalmente garantizado, del Consejo Consultivo. Si la Ley prohíbe todo informe jurídico posterior al del Consejo Consultivo es porque éste es el supremo y último órgano consultor, y no el Director General de la Función Pública, que no es quien para aceptar o rechazar nada ni para manifestar sus opiniones sobre el dictamen de aquel Consejo asesor, correspondiendo esta función únicamente al Consejo de Gobierno mismo, aceptando o rechazando las recomendaciones del Consejo Consultivo».*

**CUARTA.-** Hecha la anterior precisión, procede analizar la concreta causa de resolución planteada en la propuesta.

En primer lugar, conviene precisar que las cantidades reclamadas por la contratista como consecuencia de la realización de inversiones que considera deben serle abonadas por la Administración suponen una reclamación de responsabilidad contractual a la Administración que no son abordables en este procedimiento que ha de limitarse a analizar la causa de resolución alegada por la Administración y las consecuencias legales de la misma en caso de que proceda.

La Administración pretende, al igual que en el procedimiento anterior ya caducado, resolver el contrato apoyándose en la causa del artículo 223 g) del TRLCSP *“La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.”*

Esta causa de resolución fue introducida en la legislación de contratos por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible en el marco de la adaptación del derecho español a las exigencias derivadas del derecho europeo en cuanto a las modificaciones contractuales. Al establecerse un marco mucho más restrictivo para admitir una modificación contractual se permitía la resolución del contrato que no pudiera modificarse con una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa fuera imputable al contratista (artículo 225.5 del TRLCSP).

Esta causa debe interpretarse de forma especialmente estricta puesto que la potestad de resolución de los contratos es una prerrogativa exorbitante de la Administración.

En este caso la Administración considera que existen unas deficiencias estructurales en las instalaciones que determinan que sería necesario modificar el contrato (se entiende a los efectos de que el contratista realizase las obras necesarias para el adecuado funcionamiento de las instalaciones) pero, al no encajar esa modificación en los supuestos legales, debe procederse a la resolución del contrato.

El problema radica en que el Consejo Consultivo entendió en su Dictamen 532/15 que la cláusula 4ª del pliego dispone que el contratista no estará obligado a realizar obras e instalaciones por estimarse suficientes las existentes, limitándose a cumplir el deber genérico de mantener en buen estado las instalaciones y corriendo a cargo de la Comunidad de Madrid las obras y reformas a realizar en el edificio, cuando el deterioro sea fruto de vicios ocultos. La valoración de tales obras y reformas se realizará por la Comunidad previo informe técnico.

Por tanto, de aplicarse esa cláusula no sería necesaria modificación contractual alguna y por ello no procedería la causa de resolución invocada.

La nueva propuesta de resolución, siguiendo las sugerencias de órganos preinformantes, argumenta que las deficiencias de las instalaciones no pueden considerarse vicios ocultos puesto que eran manifiestas y el contratista debía haberlas advertido cuando visitó las instalaciones con carácter previo a la formalización del contrato.

No puede compartirse esa afirmación por cuanto, en primer lugar y frente a lo apuntado por un órgano preinformante, los vicios ocultos no son aquellos que “*surjan*” en la ejecución del contrato sino aquellos existentes en el momento de la entrega (recordemos que la doctrina de los vicios ocultos procede del contrato de compraventa) por ser

preexistentes en tanto que aquellos defectos que nazcan durante la ejecución estarían englobados en el principio de riesgo y ventura.

La Administración considera que la contratista debería haberlos advertido al visitar las instalaciones, pero esto no encaja con algunas de las deficiencias advertidas en los informes técnicos que aluden a la necesidad de la ejecución de obras de modificación y de reforma de las instalaciones en elementos exteriores de la cubierta y de estructura. Tampoco cabe que en una visita puedan comprobarse aspectos tales como la existencia de filtraciones, fisuras en la estructura que obligan a la realización de obras a corto plazo o la escasez de los filtros de depuración a los efectos de cumplir la normativa legal en la materia, deficiencias que exigen un examen más detenido.

Además, como ya se puso de manifiesto en el mencionado Dictamen del Consejo Consultivo, resulta sorprendente que la Administración afirme que las deficiencias eran palmarias y el contratista debía haberlas advertido y, al mismo tiempo, la Administración afirmase en los pliegos que las instalaciones estaban en perfecto estado para ser explotadas.

De ahí que el Consejo entendiese que se trataba de vicios ocultos porque, de no serlos, la Administración estaría actuando en contra de los principios de buena fe y confianza legítima (artículo 3.1 de la LRJ-PAC) puesto que habría sacado a licitación unas instalaciones en mal estado informando a los licitadores que eran susceptibles de ser explotadas de forma inmediata. Este hecho es reconocido por la propia propuesta de resolución al afirmar (folio 12) que existe una falta de correspondencia entre las condiciones del contrato pactadas en los pliegos y la realidad de las obras e instalaciones. Es decir, la Administración está vinculada por sus propios actos.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1986 (RJ 1987\912):

*«La Administración no puede justificar nunca la desviación de su conducta contractual con el pretexto de que atendía intereses vecinales, independientes de sus obligaciones contractuales, porque jamás es lícito apartarse del tenor de lo contratado ni de la lealtad y de la buena fe que su cumplimiento de emanan, porque éstos son principios esenciales inmanentes del orden jurídico y su inobservancia genera ineludibles consecuencias indemnizatorias».*

Por tanto, no nos hallamos ante una imposibilidad física o jurídica de ejecución del contrato, sino que la Administración considera no aplicable una cláusula de los pliegos que, a juicio de esta Comisión, resulta perfectamente aplicable sin necesidad de ninguna modificación contractual.

Como destaca el Consejo Consultivo de Aragón en su Dictamen 213/2013, de 29 de octubre, la imposibilidad de ejecución a los efectos del artículo 223 g) del TRLCSP consiste en que tal ejecución es imposible por existir obstáculos técnicos o físicos que impiden la ejecución de la prestación en los términos inicialmente pactados destacando la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña en su Dictamen 193/13, de 23 de mayo, la importancia a estos efectos en cuanto a que la necesidad de modificación venga determinada por factores ajenos a la Administración.

En este caso, lo procedente es la aplicación de la cláusula 4ª de tal forma que la Administración proceda a la reparación de las deficiencias de las instalaciones, reparación por otra parte necesaria para la prestación del servicio público educativo al que están afectas tales instalaciones.

En mérito a lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

### **CONCLUSIÓN**

No procede acordar la resolución del contrato “*Contrato de gestión del servicio público, en régimen de concesión, de las instalaciones de la piscina climatizada del colegio de educación infantil y primaria El Sol, de Madrid*” por la causa del artículo 223.g) del TRLCSP.

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 29 de septiembre de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 437/16

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Juventud y Deporte

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid