

Dictamen nº: **301/24**
Consulta: **Alcalde de Navalcarnero**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **30.05.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de mayo de 2024, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Navalcarnero, cursada a través del consejero de Presidencia, Justicia y Administración Local, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre resolución del contrato administrativo de gestión del servicio público, mediante concesión, de los servicios energéticos y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Navalcarnero (en adelante, el contrato), suscrito con la empresa ELECNOR, S.A., en la actualidad, ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U (en adelante, “la contratista”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 11 de abril de 2024 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, la solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Ayuntamiento de Navalcarnero en relación a la resolución del contrato citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 231/24, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de

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

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 30 de mayo de 2024.

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

1.- Previa licitación mediante procedimiento abierto, el Pleno del Ayuntamiento de Navacarnero en sesión extraordinaria celebrada el 30 de agosto de 2013, acordó adjudicar el contrato a la contratista.

2.- El contrato se formaliza el día 16 de octubre de 2013, previa constitución de la garantía definitiva mediante aval bancario por importe de 42.248,41 €.

La cláusula primera establece que el objeto del contrato *“tiene prestaciones tanto de contrato de servicios, de suministros, de gestión de servicios públicos y obras”* y tiene como finalidad realizar las siguientes prestaciones:

“- Prestación P1. GESTIÓN ENERGÉTICA: Gestión energética y de explotación, incluida la gestión del suministro energético para el funcionamiento de las instalaciones objeto del contrato. Esta prestación incluye el pago de los costes de la energía consumida por las instalaciones objeto del contrato, la gestión de facturas, el control y la gestión del funcionamiento, así como la contratación de la empresa comercializadora de energía eléctrica que ofrezca las

mejores condiciones económicas con tal de favorecer y garantizar la mejora económica del proyecto.

- Prestación P2. MANTENIMIENTO: Mantenimiento preventivo para conseguir el perfecto funcionamiento y rendimiento de las instalaciones de alumbrado exterior y de todos sus componentes, incluida la limpieza periódica de estas de acuerdo con las prescripciones de la ITC-AE-06 del Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior.

- Prestación P3. GARANTÍA TOTAL: Reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados por el uso y envejecimiento de las instalaciones, así como localización y reparación de todas las averías que se produzcan en las instalaciones de alumbrado exterior, incluyendo mano de obra, medios y materiales, según se regula en el Pliego de Condiciones Técnicas. Quedan excluidos las reparaciones necesarias por actos vandálicos y/o malintencionados, así como los producidos por fenómenos de la naturaleza, o causas ajenas a la instalación.

- Prestación P4. OBRAS DE MEJORA Y RENOVACIÓN DE LAS INSTALACIONES CONSUMIDORAS DE ENERGÍA: Realización y financiación de las obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de alumbrado exterior que se especifican en el Pliego de Condiciones Técnicas y en el Anexo A que lo acompaña. Estas obras serán ejecutadas en base a los preceptos del Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior, aprobado por Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre. Las obras anteriormente indicadas serán ejecutadas y financiadas por el adjudicatario mediante los ahorros conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato, y no tendrán repercusión económica sobre el presupuesto de este contrato.

- *Prestación P6. TRABAJOS COMPLEMENTARIOS: Ejecución de trabajos no programados relacionados con el alumbrado exterior, en el marco de este contrato, y que no corresponden a trabajos específicos del resto de prestaciones.*

Los trabajos se llevarán a cabo con arreglo al pliego de cláusulas administrativas y pliego de prescripciones técnicas en el que aparecen detalladas las condiciones a que debe ajustarse su ejecución. El pliego de cláusulas administrativas y el pliego de prescripciones técnicas tienen carácter contractual, por lo que deberán ser firmados en el mismo acto de formalización del contrato, en prueba de conformidad por el adjudicatario”.

La duración del contrato, según la cláusula tercera, es de 15,5 años, según la oferta presentada por el contratista que se adjunta al contrato como Anexo VI, con posibilidad de prórroga de mutuo acuerdo entre las partes antes de su finalización. Las prestaciones P2, P3 y P4 se iniciarían a partir de la fecha de formalización del contrato y la parte de suministro eléctrico de la prestación P1 entraría en funcionamiento una vez efectuadas las obras de la prestación P1, como máximo en el plazo de 5.5 meses según la oferta de la contratista.

El precio del contrato se establece en la cláusula cuarta. De conformidad con la oferta presentada por el contratista, que se adjunta al contrato como documento VI, el presupuesto anual ofertado (IVA excluido) es de 844.968,22 euros y en dicha cláusula se recogen las partidas diferenciadas de las diferentes prestaciones del contrato.

Los pagos se efectuarían mediante factura mensual y de acuerdo con lo establecido en la ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. En cuanto al pago de la prestación P1 se fijó que el importe se comenzaría a pagar a los 9 meses del inicio del contrato o en el siguiente mes una vez ejecutada la prestación P4 por la contratista.

Por su parte, la cláusula séptima se ocupa de las causas de resolución del contrato, que además de las previstas en los artículos 223 y 286 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) serán las siguientes: incurrir el adjudicatario en cualquiera de las causas de prohibición de contratar con la Administración estipuladas en el artículo 60 de la ley o en los pliegos durante la ejecución del contrato, cuando a criterio del Ayuntamiento de Navalcarnero puedan derivarse perjuicios por el interés público, que el adjudicatario no haga efectivo el correspondiente pago del suministro eléctrico a la compañía y, por tanto, incumpla con su obligación de estar al corriente de pago del servicio y el incumplimiento de cualquier obligación contractual. En idénticos términos se expresa la cláusula 2.13 del pliego de cláusulas administrativas particulares.

En cuanto al régimen jurídico del contrato la cláusula vigésima establece que se regirá por el TRLCSP.

3.- El 17 de octubre de 2013 se firma el acta de comprobación de replanteo indicándose como fecha de inicio de las prestaciones P2, P3, P4 y P6 el día 28 de octubre de 2013.

4.- El 15 de julio de 2021, ELECNOR, S.A comunica al ayuntamiento su nueva estructura societaria, pasando a ser ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U.

5.- El 21 de diciembre de 2021, la contratista presentó una reclamación económica ante el Ayuntamiento de Navalcarnero por impago de 19 facturas, por un importe de 391.182,61 euros.

6.- El 19 de enero de 2022, la Junta de Gobierno Local acuerda iniciar un procedimiento para la resolución del contrato «*por no haber*

ejecutado la empresa concesionaria la totalidad de la Prestación P4, denominada “Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía”, dentro del plazo ofertado, esto es 5 meses y medio, estando aún pendientes de sustitución 1.656 puntos de luz a tecnología LED”. En dicho procedimiento este órgano consultivo emitió el Dictamen 323/22, de 24 de mayo, en el que se concluyó que procedía retrotraer el procedimiento.

7.- El 11 de febrero de 2022, mediante decreto de Alcaldía se acuerda iniciar los trámites pertinentes para proceder al cambio de titularidad de todos aquellos contratos de suministro de energía eléctrica a nombre de la contratista destinados a prestar el servicio de alumbrado público exterior con las compañías suministradoras que proceda. Contra dicho decreto la contratista formuló un recurso contencioso administrativo desestimado en la Sentencia de 21 de abril de 2023 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Madrid dictada en el PO 337/2022. Según el fundamento de derecho segundo:

“Consecuencia con todo lo expuesto parece evidente que la petición subsidiaria formulada por la recurrente, es decir, que el referido acto administrativo es ANULABLE conforme al artículo 489 de la LPACAP, porque incurre en infracción del PCAP y del ordenamiento jurídico, concretamente, los artículos 279 y 286 de la LCSP, ya que supone una modificación del contrato y/o una resolución parcial del mismo sin cumplir con el pliego y la normativa referida, no puede ser atendida, ya que la Administración debe, precisamente tramitar el procedimiento y a results del mismo y a la resolución que ponga fin al mismo, será cuando se pueda verificar si concurren las ilegalidades denunciadas en este supuesto por la parte recurrente”.

8.- El 9 y 28 de marzo de 2022, la contratista presentó al ayuntamiento reclamaciones económicas por impago de facturas.

9.- El 5 de mayo de 2022, mediante decreto de Alcaldía se acuerda iniciar un procedimiento para acordar el secuestro o intervención del servicio público energético y mantenimiento de la instalación de alumbrado exterior.

10.- El 10 de junio de 2022, la Junta de Gobierno Local en sesión extraordinaria acuerda el desistimiento del procedimiento de resolución del contrato iniciado el 19 de enero de 2022 e iniciar un nuevo procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento del contratista de la prestación P4, obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía, dentro del plazo ofertado, esto es 5 meses y medio, estando aún pendientes de sustitución 1.656 puntos de luz a tecnología LED.

Recabado el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora emitió el Dictamen 673/22, de 25 de octubre, en el que se concluyó que no procedía resolver el contrato.

11.- El 26 de septiembre de 2022, la contratista solicitó al Ayuntamiento de Navalcarnero la resolución del contrato por la demora superior a 6 meses en el abono de la contraprestación del precio del contrato y el recurso contencioso administrativo interpuesto por la contratista contra la desestimación presunta de dicha solicitud fue desestimada en la Sentencia de 7 de febrero de 2024 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Madrid.

El fundamento de derecho quinto, expresa:

“QUINTO.- Entrando en el fondo de la reclamación, hay que señalar que, efectivamente, las facturas que sirven de base para solicitar la resolución contractual son las que se contienen en el apartado 16º del fundamento jurídico SEGUNDO de esta sentencia pudiendo asimismo comprobar que dichas facturas se encontraban ya

recogidas tanto en el escrito en vía administrativa de ELECNOR del citado de 21 de diciembre de 2021 y en el procedimiento judicial que se sigue como PO 301/2022, ante el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 27 de los de Madrid, como en el escrito de ELECNOR de 9 de marzo de 2022 y en el procedimiento que se sigue ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 5 de Madrid como PO 562/2022.

Pues bien, aunque como decimos dichas reclamaciones pendientes pueden tener una trascendencia fundamental en este proceso por cuanto que la realidad y efectividad de las deudas que se recogen en las facturas que sirven para pedir la resolución, pueden quedar enervadas por los pronunciamientos que se dicten por los respectivos Juzgado, lo cierto es, como hemos indicado que no cabe apreciar la existencia de litispendencia ni una prejudicialidad homogénea, que impida poder dictar una sentencia que resuelva el fondo del asunto.

Y ello es así porque el principio general del derecho de obligaciones que se recoge en el artículo 1124 del Código Civil viene a establecer que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, señalando que, en estos casos, el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Asimismo, señala que también podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

Por tanto, cuando se produzca el incumplimiento, que en el caso enjuiciado dice el recurrente, que es el retraso en el pago por más de seis meses de las facturas adeudadas, el afectado tenía la opción de escoger entre la acción de cumplimiento forzoso o de resolución

del contrato, con la vuelta a la situación anterior a la celebración del contrato, con la posibilidad de obtener una indemnización y el abono de los intereses correspondientes.

Sin embargo, en el presente caso optó por exigir el cumplimiento forzoso mediante la reclamación inicial en vía administrativa de las facturas pendientes de pago y, luego, en vía judicial. Sin embargo, no se ha acreditado que dicha exigencia haya resultado inútil, por imposibilidad de cumplimiento instado en vía judicial, por lo que la recurrente no podía instar la reclamación por estar pendiente de resolver sus reclamaciones de cumplimiento contractual mediante el abono de las cantidades adeudadas.

Es por ello que el recurso debe ser desestimado”.

Consta en el expediente examinado que dicha sentencia ha sido recurrida en apelación por la contratista (anexo 15.16).

12.- El 14 de diciembre de 2022, el Ayuntamiento de Navalcarnero adjudica a Letter Ingenieros S.L un contrato para la auditoria de posibles incumplimientos del contrato en el que se concluye que *“tras la revisión de un muestreo de la instalación y de los documentos aportados por ELECNOR S.A. (ver documento principal), no puede garantizarse el cumplimiento de las especificaciones de la prestación número 4, del CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO, MEDIANTE CONCESIÓN, DE LOS SERVICIOS ENERGÉTICOS Y MANTENIMIENTO DE LAS INSTALACIONES DE ALUMBRADO EXTERIOR DEL MUNICIPIO DE NAVALCARNERO”.*

13.- El 15 de diciembre de 2022, la contratista formula una nueva reclamación económica por impago de facturas.

14.- Se recaban informes técnicos y se imponen penalidades al contratista, previa tramitación de 8 expedientes por incumplimientos de las prestaciones P1, P2, P3 y P4, resoluciones recurridas en reposición por la contratista.

15.- El 8 de noviembre de 2023, el ayuntamiento abonó a la contratista la suma de 375.399,41 € correspondiente a 10 facturas cuyo abono había sido reclamado judicialmente y que, además, eran objeto de la petición de resolución contractual instada por la contratista por la demora en el pago superior a 6 meses.

16.- El ayuntamiento contrata a la empresa OPEN ENERGY 2012 S.L. y en su informe de inventario y auditoria de 2 de febrero de 2024, entre otras cuestiones, observa anomalías en el comportamiento de las curvas de consumo eléctrico en tres dependencias a cargo del ayuntamiento.

17.- El 20 de marzo de 2024 la Junta de Gobierno Local declara la caducidad del procedimiento de resolución contractual iniciado el 10 de junio de 2022, lo que se comunica a la contratista (documento 20.02).

TERCERO.- Por lo que respecta al procedimiento de resolución del contrato que nos ocupa:

El 14 de febrero de 2024, la arquitecta técnica municipal, previa exposición detallada de los antecedentes y circunstancias surgidas durante la ejecución del contrato, informa que tras el Dictamen 673/22 de 25 de octubre, de esta Comisión Jurídica Asesora, se solicitó un informe de auditoría sobre incumplimientos del contrato, se habían sucedido diferentes requerimientos a la contratista y emitido numerosos informes técnicos que ponían de manifiesto incumplimientos generalizados en las prestaciones P1, P2, P3, y P4, e incumplimientos de las obligaciones esenciales.

Relaciona los ocho expedientes de imposición de penalidades impuestas a la contratista por diferentes incumplimientos y en sus conclusiones señala:

“A la vista de lo desarrollado en este informe, en el punto 2.1 INCUMPLIMIENTOS GENERALIZADOS EN LAS PRESTACIONES P1, P2, P3 Y P4.

Se pone de manifiesto que ELECNOR no ha dado respuesta a los incumplimientos generalizados en todas las prestaciones manifestados por el Ayuntamiento en los numerosos requerimientos, entre los que se encuentran los relacionados con anterioridad y que engloban todas las prestaciones del contrato P1, P2, P3 y P4. No se han realizado las subsanaciones que se precisan en los mismos para dar cumplimiento a los pliegos, contrato y al REBT, dando lugar a imposición de varias penalidades.

La actitud de ELECNOR no ha sido diligente en el cumplimiento de los requerimientos del Ayuntamiento, órdenes y cumplimiento de las especificaciones del pliego y contrato, trasladando y delegando en otros sus obligaciones.

Dado los incumplimientos señalados, se puede hablar de una ejecución contraria al interés público del contrato, afectando a obligaciones esenciales del mismo, que no ha permitido satisfacer los fines institucionales que se perseguían con la adjudicación de este contrato.

Si bien intentar resolver el contrato ante cualquier incumplimiento de obligación contractual sería quebrantar el principio de proporcionalidad como así se señala en los artículos 2.13 y 2.15 PCAP. Por lo tanto, consideramos que existe causa de resolución cuando hay acumulación de incumplimientos en cada una de las

prestaciones, superando el importe acumulado de las penalidades impuestas el 10% del importe total anual del contrato, a tenor de lo dispuesto en las cláusulas 2.14 y 2.15 del PCAP. El hecho es que se han producido múltiples incumplimientos en todas las prestaciones, los cuales han dado lugar a la imposición de varias penalidades cuyo importe acumulado asciende a la cantidad de 99.704,96€.

1. Expediente 11225/2023. No conformidad de las facturas presentadas por ELECNOR ya que no están no incluyen los conceptos que marcan los pliegos y contrato y que permiten su supervisión y control, entre ellos los consumos reales de las instalaciones, en cumplimiento del Art.2.10 del PCAP. Penalidades notificadas mediante JGL de fecha 1/12/2023 con un importe de 8.308,75€. Incumplimientos P1, P2 y P3

2. Expediente 11397/2023. Programas de control y gestión CIMELUX Y GISAL implantados por la concesionaria. Penalidad acordada por JGL 22/12/2022 por un importe 16.617,50€. Incumplimiento de la P1 y P4

3. Expediente 629/2023 y Expediente 6268/2023. Ocas fuera de las vigentes. Inspecciones realizadas por un Órgano de Control Autorizado EUROCONTROL. Penalidad aprobada por JGL el día 29/11/2023 por un importe de 8.308,75€. Incumplimiento en las prestaciones P2 y P3.

4. Expediente 6168/2023. Falta de mantenimiento en la instalación de los proyectores de las rotondas de San Juan con Avda. Buenavista, cuatro en la rotonda San Juan, Libertad y Pso. de la Estación, y tres en la rotonda de entrada a Navalcarnero salida 29B. Penalización aprobada por JGL el 25/10/2023 por un importe de 16.617,50€. Incumplimiento en las prestaciones P2 y P3.

5. Expediente 6169/2023. Manipulaciones de cableado en el parque de la Crispina entre las calles Langreo, Rivadavia provocando que se quemen 6 luminarias. Penalidad aprobada por JGL con fecha 2/11/2023 por un importe de 8.308,74€. Incumplimiento en las prestaciones P2 y P3.

6. Expediente 8680/2023. Rechazo de la Prestación P4. Penalidad aprobada por JGL con fecha 22/01/2024 por un importe de 16.617.50€. Incumplimiento en la P4.

7. Expediente 9103/2023. Incumplimiento en la instalación de la telegestión en los Centros de Mando del Municipio, Penalidad aprobada por JGL con fecha 11/10/2023 por un importe de 8.308,75€. Incumplimiento en las prestaciones P2 y P3.

8. Expediente 9917/2023. Incidencias de zonas sin luz por averías de cableado en la calle camino de Casarrubios a la altura de la plaza de toros y en la c/cuevas. Penalidad aprobada por JGL con fecha 8/11/2023 por un importe de 16.617,48€. Incumplimiento en las prestaciones P2 y P3.

El grado de incumplimientos, ha alcanzado el nivel máximo permitido por el PCAP en sus Art 2.13 y 2.15 al señalar que “el importe máximo anual de las sanciones no podrá exceder del 10% del importe total anual del contrato.

El importe total de las penalidades impuestas en el año 2023 asciende a la cantidad de 99.704,96€. Por lo tanto, continuar la ejecución del contrato con incumplimientos en las distintas prestaciones, que implique imposición de penalidades que excedan el 10% del importe total anual de contrato, hace que sea lesivo para el interés público.

Como consecuencia de lo anteriormente indicado en el punto 2.2.
INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ESENCIALES:

Resulta obvio que, en determinadas zonas del municipio, aquellas cuyo alumbrado público dependen de CM que debe gestionar ELECNOR, se ha detectado que abona el Ayuntamiento y existe por lo tanto una ausencia total de ejecución de la P1.

El pago de los costes de la energía consumida por las instalaciones objeto del contrato, la gestión de las facturas, el control y la gestión del funcionamiento, así como la contratación de la empresa comercializadoras de energía eléctrica que ofreciera las mejores condiciones económicas con tal de favorecer y garantizar la mejora económica del proyecto, formaba parte esencial de la Prestación1. Gestión energética, y son obligaciones contractuales esenciales que debía llevar a cabo la ESE incluidas en la Prestación 1.

La finalidad del contrato era poner orden en las instalaciones del alumbrado público y se ha constatado a día de hoy que esto no ha sido así. Este desorden imposibilita llevar a cabo un seguimiento y control del contrato resultando tedioso e imposible al no disponer de la información real necesaria de las instalaciones. Se nos está vetando el acceso por parte de ELENOR, desconociendo cuál es su motivación al respecto. Para poder realizar las tareas a las que el Ayuntamiento está obligada, ELECNOR debería:

Identificar todos los cuadros de mando del Municipio realizando aclaración de la situación de todos y cada uno de ellos, ya que existe disparidad de datos:

o Cuadros de Mando Pliegos y auditoria IDAFE 99 unidades.

o Cuadros de mando memoria oferta ELECNOR 100 unidades.

o Cuadros de mando informe ELECNOR 94 unidades.

o Cuadro de mando documento cambio titularidad 83 unidades o Cuadros de mando informe consumos nov. 2023 90 unidades.

o Cuadros de mando CIMELUX 92 unidades.

o Cuadros de mando GISAL 92 unidades.

Aportar el cambio de titularidad de todos los centros de mando (100 uds según su oferta y 99 según pliegos y contrato).

Aportar las facturas de los suministros para corroborar, comprobar y justificar si el pago de los suministros es efectivo por parte de la empresa concesionaria ELECNOR, y no solo eso, sino que se corresponde con la realidad de los suministros de la totalidad de alumbrado público y que debe pagar ELECNOR mensualmente, así como conocer por parte de este Ayuntamiento el consumo real del suministro de alumbrado público en el municipio.

Los motivos anteriormente expuestos son casusas claras y motivos de resolución del contrato suscrito con la empresa ELECNOR. Estos hechos manifestados están haciendo que resulte insostenible a todos los efectos el continuar con un contrato que está lesionando de una forma demasiado importante el interés público. Se constata igualmente, que, tras 10 años de contrato, no se ha conseguido que se ejecute en su totalidad la prestación P4, quedando pendientes en el momento actual 953 luminarias hasta llegar a las 7.925 iniciales, que unido al resto de incumplimientos de las distintas prestaciones supone un despliegue de recursos extraordinarios por parte de este Ayuntamiento, tanto económicos como personales, que hace insostenible dar continuidad al contrato.

Por lo tanto, se propone al Órgano de Contratación que se inicie el expediente correspondiente de resolución del contrato por las razones expuestas en el presente informe”.

Con idéntica fecha, el técnico jurídico de contratación y el secretario del Ayuntamiento de Navalcarnero emiten informe favorable a la resolución del contrato y formulan una propuesta de acuerdo de inicio de procedimiento para la resolución del contrato por causas imputables al contratista.

El interventor accidental en informe de 14 de febrero de 2024 informa favorablemente la resolución por incumplimiento del contrato.

Previa propuesta del concejal delegado de Servicios Municipales, la Junta de Gobierno Local en sesión extraordinaria celebrada el día 16 de febrero de 2024 adoptó el siguiente acuerdo:

“PRIMERO.- Acordar la iniciación del procedimiento para resolución del contrato de gestión indirecta, bajo la modalidad de concesión, del servicio público energético y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio formalizado por el AYUNTAMIENTO DE NAVALCARNERO y ELECNOR, S.A. (actualmente ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.) por causas imputables al concesionario.

SEGUNDO.- El inicio del procedimiento de resolución contractual viene motivado por incurrir ELECNOR en las causas de resolución señaladas por la responsable del contrato en su informe de fecha 14 de febrero de 2024 y el apdo II de los Fundamentos de Derecho de la presente resolución.

TERCERO.- La duración del procedimiento será de tres meses a contar desde la fecha del acuerdo de iniciación. No obstante, el plazo

máximo para resolver podrá suspenderse en los supuestos previstos en el artículo 22 de la ley 39/2015, de 1 de octubre.

CUARTO.- Conceder trámite de audiencia a ELEC NOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A, y a CAIXABANK (en su condición de avalista) para que en el plazo de diez días naturales, a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación, formulen cuantas alegaciones estimen pertinentes para la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Junto a la notificación de la presente resolución deberá adjuntarse el informe de la responsable del contrato, de fecha 14 de febrero de 2024, que motiva la iniciación del presente procedimiento de resolución contractual; el informe jurídico propuesta de acuerdo nº 025/2024, del Técnico Jurídico de Contratación y el informe nº 0239/2024 de la Interventora Acctal.

QUINTO.- Dar traslado de la presente resolución a la Concejalía de Servicios Municipales y a la Concejalía de Hacienda, para su conocimiento y efectos”.

El acuerdo se comunica a la contratista y al avalista.

El 27 de febrero de 2024, la contratista solicita ampliación del plazo de cinco días para efectuar alegaciones por la complejidad de la materia y para conocer y obtener copia del expediente.

El 28 de febrero de 2024, el técnico jurídico de contratación propone denegar la solicitud de ampliación del plazo en cinco días para formular alegaciones.

Previa propuesta del concejal delegado de Servicios Municipales, la Junta de Gobierno Local en sesión ordinaria celebrada el día 28 de febrero de 2024 adoptó el siguiente acuerdo:

“PRIMERO.- Denegar la solicitud formulada por ELEC NOR SERVICIOS PROYECTOS, S.A.U de fecha 27 de febrero de 2024 y n° de registro de entrada 2153/2024, referente a la ampliación del plazo en cinco días naturales para formular alegaciones dentro del trámite de audiencia concedido.

SEGUNDO.- Facilitar copia a ELEC NOR SERVICIOS PROYECTOS, S.A.U de la siguiente documentación:

-Providencia del concejal-delegado de servicios Municipales de fecha 16 de febrero 2024.

-Decreto de Alcaldía 1683/2023, de 20 de junio.

TERCERO.- Denegar a ELEC NOR SERVICIOS PROYECTOS, S.A.U la obtención de copia de los expedientes de penalidades reflejados en el cuadro del acuerdo de la Junta de Gobierno extraordinaria de fecha 16-02-2024, por la razones señaladas en el apartado II de los Fundamentos de Derecho.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 32.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la presente resolución no será susceptible de recurso, sin perjuicio del procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento”.

El acuerdo se comunica al contratista el 28 de febrero de 2024.

El 7 de marzo de 2024, la contratista recurre en reposición el anterior acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 28 de febrero de 2024 solicitando la anulabilidad del citado acuerdo, se amplíe el plazo de alegaciones en cinco días naturales adicionales y se acuerde el archivo del expediente.

Con idéntica fecha, 7 de marzo de 2024, la contratista efectúa alegaciones al acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de febrero de 2024. Como consideraciones preliminares manifiesta que no existe causa de resolución del contrato, sino un impago reiterado de la contraprestación por parte del ayuntamiento desde hace años, cuestiona la competencia de la responsable del contrato que firmó el informe de 14 de febrero de 2024 *“al no disponer de atribuciones sobre instalaciones de alumbrado público”*, alega que la contratista siempre ha cumplido de forma satisfactoria con la prestación P1 suministro eléctrico para el funcionamiento del alumbrado público exterior y además nunca ha existido impago del suministro eléctrico a la compañía suministradora eléctrica, que también ha cumplido con la prestación P2 y P3 consistente en el mantenimiento preventivo y la garantía total, que cumplió con la instalación del sistema de telegestión de la red de alumbrado público y efectúa el mantenimiento de las instalaciones, que ha cumplido de forma satisfactoria con la prestación P4 mediante la sustitución de lámparas, equipos y luminarias para la mejora de la eficiencia y ahorro energético, durante el periodo comprendido entre el 17 de octubre de 2013 y el 1 de abril de 2014 y se remite a un informe técnico de un organismo de control autorizado que concluye que las luminarias instaladas son de tecnología LED y que la instalación está dentro de los parámetros exigidos por el Reglamento de Eficiencia Energética.

Prosigue el escrito de alegaciones señalando que el rechazo del ayuntamiento a la ampliación del plazo de alegaciones solicitado supone un quebrantamiento radical y absoluto del derecho de defensa de la contratista, efectúa un relato de los antecedentes del contrato y alega: la imposibilidad de iniciar un nuevo expediente de resolución de contrato cuando existe otro expediente de resolución por la misma causa aun no resuelto de forma expresa tras el Dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, la imposibilidad de iniciar un nuevo

expediente de resolución porque el ayuntamiento optó previamente por penalizar y sancionar a la contratista en ocho expedientes de penalidades, la inexistencia de causa de resolución del contrato imputable a la contratista porque *“en el presente caso, no hay ninguna obligación esencial calificada como tal en el PCAP que haya sido incumplida por ELECNOR, ni tampoco conforme a los hechos descritos por la Administración existe ninguna causa contractual fijada en la cláusula 2.13 del PCAP para acordar la resolución contractual, ni tampoco una causa legal de resolución fijada en el artículo 286 ya que la única sería el rescate del servicio, pero como hemos señalado en el punto 16ª de los antecedentes de hecho el Ayuntamiento inició un expediente en el año 2022 que a fecha de hoy aún no ha resuelto”*.

Continúa el escrito de alegaciones señalando que la contratista ha cumplido la prestación P4 en forma y plazo y a dichos efectos se remite a un informe técnico elaborado por un organismo de control autorizado que adjunta y a una certificado de 8 de mayo de 2015 en el que se reconoció expresamente que la contratista había ejecutado satisfactoriamente la prestación P4 que también adjunta; el cumplimiento de las prestaciones P1, P2 y P3; que en el supuesto de concurrencia de causas resolutorias debe aplicarse la primera en el tiempo y esta ha sido el incumplimiento de la administración del abono del precio del contrato y finalmente alega la improcedencia de la incautación de la garantía definitiva.

El 11 de marzo de 2023, el técnico jurídico de contratación del Ayuntamiento de Navalcarnero, y con idéntica fecha, el concejal delegado de Servicios Municipales, formulan una propuesta de acuerdo para inadmitir el recurso de reposición formulado por la contratista contra la denegación de la ampliación del plazo para formular alegaciones.

El 20 de marzo de 2024, la arquitecta técnica municipal emite informe respecto a las alegaciones presentadas por la contratista.

El 21 de marzo de 2024 el Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero, en sesión ordinaria, adoptó el siguiente acuerdo:

“PRIMERO.- Inadmitir el recurso potestativo de reposición interpuesto por ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U con fecha 7 de marzo de 2024 y nº de registro de entrada 2536/2024, contra la denegación de la ampliación de plazo en cinco días naturales para formular alegaciones, acordada por la Junta de Gobierno Local en sesión celebrada el 28 de febrero de 2024.

SEGUNDO.- Notificar la presente resolución a ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U.

TERCERO.- Contra el acuerdo de inadmisión no cabe interponer recurso administrativo, sin perjuicio del que pudiera resultar procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento de resolución contractual que se sustancia en el expediente 994/2024”.

El anterior acuerdo se comunica a la contratista.

El 25 de marzo de 2024, el técnico jurídico de contratación y el secretario informan las alegaciones formuladas por la contratista y formulan una propuesta de acuerdo.

El 26 de marzo de 2024, el concejal delegado de Servicios Municipales en su informe concluye que procede desestimar las alegaciones formuladas por la contratista y formula la siguiente propuesta:

“Primero.- Desestimar las alegaciones presentadas el 7 de marzo de 2024 por D., en nombre y representación de ELECNOR

SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U y con nº de registro de entrada 2539/2024, dentro del trámite de audiencia concedido al efecto, por las razones señaladas en la parte expositiva.

Segundo.- Acordar la resolución del contrato formalizado el 16 de octubre de 2013 entre el Ayuntamiento de Navalcarnero y la sociedad ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U, (antes ELECNOR, S.A.) de gestión indirecta, bajo la modalidad de concesión, del servicio público energético y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio.

Asimismo, acordar la incautación de la garantía definitiva por importe de 42.248,41 euros, o en su defecto, retener la mencionada garantía hasta que se produzca la tramitación posterior del correspondiente expediente contradictorio, referente a la determinación de los daños perjuicios ocasionados.

Tercero.- No obstante, al formularse oposición por parte de ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U a la resolución contractual y a la incautación de la garantía definitiva, con carácter previo, deberá solicitarse la emisión de dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109 del RGLCAP.

Cuarto.- Acordar la suspensión del plazo para resolver y notificar el procedimiento de resolución contractual, por el tiempo que medie entre la petición del dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del dictamen, que igualmente deberá ser comunicada a los interesados”.

El 27 de marzo de 2024, la Junta de Gobierno Local, en sesión ordinaria acuerda:

“PRIMERO.- Acordar la suspensión del procedimiento de resolución del contrato de gestión indirecta, bajo la modalidad de concesión, del servicio público energético y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio, desde la fecha de solicitud del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, esto es, desde el 26 de marzo de 2024, hasta la fecha de recepción del mismo.

SEGUNDO.- Notificar el presente acuerdo a ELEC NOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U. y a CAIXABANK.

TERCERO.- Dar traslado al Departamento de Contratación del Ayuntamiento de Navalcarnero”.

Consta en el expediente la notificación telemática del citado acuerdo al contratista y al avalista.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, al amparo del artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por tratarse de un expediente de resolución de un contrato administrativo -en el que se ha formulado oposición por el contratista- tramitado por el Ayuntamiento de Navalcarnero, a solicitud de su alcalde, remitido a través del consejero de Presidencia, Justicia y Administración Local, órgano competente para ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

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

SEGUNDA.- Según hemos hecho constar en los antecedentes de hecho de este dictamen, el contrato se adjudicó por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero en el 30 de agosto de 2013, por lo que resulta de aplicación el TRLCSP, normativa vigente en dicho momento.

No obstante, respecto al procedimiento, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (272/17, de 29 de junio, 191/18, de 26 de abril o 173/19, de 29 de abril) que la normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual es la vigente en el momento de su inicio; en este caso, el 16 de febrero de 2024, lo que supone la aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17).

Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), en lo que no se oponga a la LCSP/17.

En materia de procedimiento, la resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 190 LCSP/17, 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 ésta”*.

Por su parte, el artículo 191.1 LCSP/17 requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Asimismo, el artículo 109.1.b) del RGLCAP, exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”*.

En el presente expediente consta evacuado el trámite de audiencia al contratista en los términos que han quedado expuestos y se ha concedido audiencia al avalista que no ha formulado alegaciones.

Por otro lado, el apartado tercero de este artículo 191 dispone 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 este caso, la contratista se ha opuesto a la resolución del contrato por las causas invocadas por el ayuntamiento lo que hace necesario el dictamen de este órgano consultivo.

Además, en relación con el procedimiento hemos de hacer particular referencia al plazo de resolución, puesto que, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo máximo de duración para resolver determina la caducidad conforme a lo establecido en el artículo 212.8 de la LCSP/17.

Sobre la determinación de cuál sea el plazo de aplicación en el ámbito autonómico madrileño, el criterio inicialmente mantenido por esta Comisión, que aplicaba el artículo 212.8 LCSP/17 según el cual *“los expedientes de resolución contractual deberán ser instruidos y resueltos en el plazo máximo de ocho meses”*, resultó esencialmente modificado a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo, recaída a raíz de un recurso de

inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Aragón, que ha procedido a declarar la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LCSP/17 y ha afectado señaladamente a esta cuestión. En concreto, el artículo 212.8, fue impugnado al considerar que vulneraba la doctrina constitucional sobre la legislación básica, puesto que contendría una regulación de detalle o de procedimiento, que cercenaría la posibilidad de desarrollo legislativo por la Comunidad Autónoma de Aragón. Como es sabido, la citada Sentencia 68/2021, al analizar la impugnación del artículo 212.8, considera (FJ 5º) que tal precepto recoge una norma de naturaleza auxiliar y procedimental que no puede ser considerada básica, por lo que el Tribunal Constitucional no anula el precepto en cuanto es de aplicación a los procedimientos de resolución de la Administración General del Estado, pero considera que infringe las competencias de las comunidades autónomas y por tanto no es de aplicación a estas, ni a las entidades locales.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta en esta la materia, la modificación realizada por la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid en la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos que establece que los expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos tienen un plazo máximo de tramitación de ocho meses, transcurridos los cuales, si se trata de expedientes iniciados de oficio caducarán y si lo hubieren sido a instancia de parte, se entenderán desestimados.

En el caso sujeto a dictamen, el acuerdo de inicio del procedimiento data del 16 de febrero de 2024, habiéndose suspendido por la solicitud del dictamen preceptivo a esta Comisión Jurídica Asesora conforme a lo previsto en el artículo 22 d) de la LPAC, lo que fue comunicado a los interesados, por lo que resulta claro que, a la

fecha de emisión del presente dictamen, el procedimiento no ha caducado.

Además, de acuerdo con lo previsto en 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 (TRRL), son necesarios los informes de la Secretaría e Intervención municipales, que en este procedimiento han sido recabados.

Con posterioridad a las alegaciones formuladas por la contratista, estas han sido informadas por la arquitecta técnica municipal y el técnico jurídico de Contratación, proponiendo su desestimación y la resolución del contrato.

En relación con la incorporación de informes después del trámite de audiencia, es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el Dictamen 61/16, de 5 de mayo, el Dictamen 397/16, de 8 de septiembre y el Dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento.

Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento. Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en los citados dictámenes y que resulta corroborado por el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas

(LPAC) que solo admite como informes posteriores al trámite de audiencia, el informe del órgano competente para el asesoramiento jurídico y el Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, en el caso que éstos formaran parte del procedimiento, en cuanto que estos informes y dictámenes se limitan al análisis de los aspectos jurídicos sin que puedan introducir hechos o cuestiones nuevas.

Dado que los informes de la arquitecta técnica municipal y el técnico jurídico de Contratación no introducen hechos nuevos que puedan causar indefensión a la contratista, de acuerdo con la doctrina expuesta, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia.

Respecto a la propuesta de resolución, esta Comisión Jurídica Asesora ha declarado en diversos dictámenes, entre ellos el núm. 191/16, de 9 de junio, el núm. 415/16 de 22 de septiembre, el núm. 561/16 de 22 de diciembre o el 64/17 de 9 de febrero, entre otros, que la propuesta de resolución debe recoger motivadamente la posición de la Administración una vez tramitado el procedimiento, no solo para permitir a este órgano consultivo conocer la postura de la Administración y contrastarla con la oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen, sino también para no causar indefensión al contratista.

Pues bien, la propuesta de resolución del presente expediente, viene a reproducir el informe propuesta del técnico jurídico de contratación y del secretario de 25 de marzo de 2024 en el que se analizan las alegaciones del contratista, no menciona la resolución del contrato instada por el contratista por impago de facturas por la Administración municipal, ni precisa en su parte dispositiva la concreta causa de resolución de las previstas en el TRLCSP.

Finalmente, respecto a la cuestión relativa a las consecuencias derivadas de haberse efectuado la declaración tardía de la caducidad del procedimiento iniciado por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 10 de junio de 2022, tal y como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2022 (recurso 5040/2020), *“dicho vicio solo puede ser calificado, en función de las circunstancias concurrentes, como una mera irregularidad no invalidante”*.

TERCERA.- Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación, debemos examinar si concurren o no, causas para resolver el contrato.

Como cuestión previa, señalar que la contratista se opone a la resolución planteada por el Ayuntamiento de Navalcarnero, entre otros motivos, invocando culpa de la Administración por incumplimiento de la obligación de pago del precio del contrato y al respecto, tal y como indicó esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 673/22, de 25 de octubre, con cita del Dictamen 372/12, de 20 de junio del Consejo de Consultivo de la Comunidad de Madrid y los dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora 365/17, de 14 de septiembre y 173/19, de 29 de abril, *“no estaríamos ante un supuesto de concurrencia de varias causas de resolución – que daría lugar a su resolución por la primera causa de resolución que se hubiese producido- sino que se trataría de un supuesto de concurrencia de incumplimientos de la Administración y del contratista, o de los llamados incumplimientos recíprocos, distintos de los casos de concurrencias de varias causas de resolución imputables al contratista”*.

Ahora bien, el hecho de que se encuentre en vía judicial la resolución del contrato instada por la contratista no es óbice para que la Administración se pronuncie en el procedimiento de resolución que nos ocupa, puesto que la Administración está obligada a resolver expresamente en todos los procedimientos.

En cualquier caso, como hemos sostenido en los dictámenes 310/2017, de 27 de junio y 365/17, de 14 de septiembre *“una eventual sentencia favorable del recurso surtiría efectos sobre el resultado final del procedimiento de resolución del contrato instado por la Administración, e incluso pudiera dar lugar a la revocación o revisión de la resolución que se adoptara “pues podría darse el caso de que una hipotética estimación de la demanda formulada en dicha causa llevara o cargara sobre la Administración una responsabilidad que fuera incompatible con la imputada responsabilidad del contratista que trata de servir de sustento a la resolución de este expediente”* (Dictamen del Consejo de Estado de 27 de diciembre de 2007).

Por lo anterior, cabe concluir que la decisión que adopte el Ayuntamiento en el expediente sometido a dictamen preceptivo de este órgano consultivo puede quedar condicionada al fallo de la sentencia definitiva y firme que se dicte sobre la pretensión de resolución instada por la contratista, pero no es óbice a la tramitación y resolución del actual procedimiento lo que supone también, tal y como se mantenía en el citado Dictamen 290/17, que hasta que no se resuelva el contrato, la empresa contratista está obligada a cumplir todas las obligaciones asumidas con la firma del contrato.

La propuesta de resolución considera que procede la resolución contractual por incumplimientos generalizados del contratista en las prestaciones P1, P2, P3 Y P4, así como, por incumplimientos de las obligaciones esenciales.

Como es sabido, la resolución de los contratos es una de las prerrogativas de las que dispone la Administración en la fase de ejecución de los contratos administrativos ligada a la obligación de la Administración por velar por la satisfacción del interés público que motivó la celebración del contrato.

Por ello la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato con la imposición de penalidades, y en el año 2023 el ayuntamiento impuso penalidades al contratista previa tramitación de 8 expedientes por diferentes incumplimientos de las prestaciones P1, P2, P3 y P4, o bien proceder a su resolución, en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (recurso 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (recurso 5639/1994).

Ciertamente, como decíamos en nuestro Dictamen 22/24, de 18 de enero, esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar, que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995)-.

En ese sentido, las sentencias de 30 de marzo de 2017 (recurso 1053/2016) y 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerdan la doctrina fijada en la del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004, que dice: *“(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. De acuerdo con dicha naturaleza el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de la Sala Tercera como de la Primera del Tribunal Supremo, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización*

de la prestación por parte del contratista. O, dicho, en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

En el caso que nos ocupa, la resolución del contrato por incumplimientos generalizados en las prestaciones se fundamenta en el informe de la arquitecta técnica municipal de 14 de febrero de 2024, en el que tal y como ya ha sido expresado en antecedentes, se detalla y expresa que se han producido múltiples incumplimientos en las prestaciones P1, P2, P3 y P4 que han dado lugar a la imposición de penalidades y es precisamente la acumulación de esos incumplimientos lo que se aduce como causa de resolución del contrato.

Para el análisis de dicha causa, ha de partirse de los pliegos contractuales que, según reiterada jurisprudencia, constituyen la ley del contrato y que, tras su aprobación vinculan a los contratistas y a la propia Administración [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de diciembre de 2017 (recurso 1069/2016)] y al respecto la cláusula 2.13 del PCAP contempla como causas de resolución, además de las previstas en los artículos 223 y 286 de la LCSP *“el incumplimiento de cualquier obligación contractual, sin perjuicio de lo que se dispone la cláusula siguiente referida a las penalizaciones”* (sic), mientras que la cláusula 2.14 del PCAP, referido a infracciones y sanciones, expresa: *“el incumplimiento de las obligaciones que corresponden en virtud a lo que dispone la LCSP, el presente Pliego, el Pliego de Condiciones Técnicas, la proposición del adjudicatario y el documento de formalización del contrato de gestión integral del servicio público de alumbrado exterior y del consumo energético con inversión en las instalaciones del municipio, llevará a la imposición de las sanciones establecidas en este pliego a la empresa que resulte adjudicataria, sin*

perjuicio de la obligación de resarcir los daños y perjuicios que se hayan podido ocasionar al Ayuntamiento, y que tendrá que abonar la empresa en todo aquello que supere a la garantía definitiva”.

Así pues, a la vista de lo expresado en el PCAP que rige el contrato nos encontramos con que la concreta causa que se invoca de acumulación de incumplimientos en las prestaciones P1, P2, P3 y P4, que han dado lugar a la imposición de penalidades, resulta inviable, puesto que, por los mismos hechos, no pueden simultáneamente incoarse procedimientos sancionares y de resolución del contrato.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo de 2017 (recurso 1053/2016) expresa:

“Dichos informes fueron comunicados a la empresa adjudicataria del contrato en su momento, quién contestó a los mismos en el sentido que estimó pertinente. Por tanto, si dichas faltas constituían incumplimientos por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato, el PCAP en su cláusula 24.2 autorizaba a la Corporación Municipal para exigir su estricto cumplimiento o bien acordar la resolución del contrato. Asimismo, por los incumplimientos se le podría imponer sanciones ajustándose a lo previsto en el apartado tercero del PPT, que establecía una clasificación de las infracciones en leves, graves y muy graves y como sanciones para las faltas leves hasta 300 euros, para las infracciones graves de 301 a 6.000 y para las infracciones muy graves de 6.001 a 18.000 euros.

Ahora bien, lo que no es factible es que la Administración demandada no adoptase ninguna medida al respecto durante el tiempo de comisión de las distintas infracciones, para con posterioridad acumular los supuestos incumplimientos existentes en los 3 años y medio anteriores para instar casi simultáneamente 6

expedientes sancionadores y el expediente de resolución del contrato. En efecto, no se puede tomar en consideración el conjunto de supuestas infracciones que ahora invoca el Ayuntamiento para poner de manifiesto irregularidades cometidas por la contratista en la realización del servicio y que en el momento de su posible comisión no determinaron ninguna actuación por parte de esa Administración. La extemporánea toma en consideración de dichos incumplimientos, cuando la mayor parte de los mismos estarían previsiblemente prescritos, afectaría a la seguridad jurídica y causaría indefensión a la supuesta infractora, quién en su momento alegó contra los hechos imputados, por lo que cabe pensar que habían sido suficientemente justificados para el Ayuntamiento de Cercedilla al no tomar ninguna resolución de las previstas en el PCAP al respecto.

(...)

Por tanto, la existencia de varios incumplimientos sin que ninguno de ellos afecte a la esencia de lo pactado no darían lugar a la resolución del contrato sino a la adopción de otras medidas menos gravosas, que, como ya hemos dicho, no han sido adoptadas por quién venía obligada para ello. Por tanto, no puede acogerse la afirmación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, que también recoge el Juzgador de la instancia, que la relación de incumplimientos (que como ya hemos dicho abarcan un extenso periodo y respecto de los cuales la demandada no adoptó ninguna medida cuando fueron cometidos), debe concluirse que existe causa suficiente para considerar que la empresa ha incumplido obligaciones esenciales del contrato y que, por tanto, procede su resolución por causa imputable al mismo.

(...)

Por otro lado, este Tribunal tiene dicho que por los mismos hechos no pueden simultáneamente incoarse procedimientos sancionadores y de resolución del contrato, como ha ocurrido en el presente supuesto”

Procede a continuación el examen de la segunda causa invocada por el ayuntamiento para la resolución del contrato, referida al incumplimiento de las obligaciones esenciales, al entender que el contratista en virtud del contrato venía obligado a la gestión energética y de explotación, incluida la gestión del suministro energético para el funcionamiento de las instalaciones objeto del contrato incluido el pago de los costes de la energía consumida por las instalaciones objeto del mismo y la emisión de facturas y tras el informe técnico elaborado el 2 de febrero de 2024 por OPEN ENERGY S.L. se observaron anomalías en el comportamiento de las curvas de consumo eléctrico de tres puntos de suministro y el ayuntamiento está abonando el consumo energético de tres cuadros de mando, unido a que tras 10 años de contrato no ha sido ejecutada en su totalidad la prestación P4 por quedar pendientes 953 luminarias.

Sin embargo, la empresa contratista en alegaciones desvirtúa lo señalado por el informe de la técnico municipal referido a los cuadros de mando, afirmando que, durante todos los años de vigencia del contrato ha abonado todos los suministros de contratos eléctricos de alumbrado público exterior que le fueron facilitados por el Ayuntamiento y que se formalizaron con el documento de cambio de titularidad con los CUPS aportados por el Ayuntamiento.

Respecto al incumplimiento de la prestación P4 (sustitución de 7.925 puntos de luz), tal y como se concluyó en el Dictamen 673/22, de 25 de octubre, se reitera, que, en definitiva, la prestación P4 ha sido mayoritariamente cumplida por el contratista transcurridos 10 años del inicio del contrato.

En definitiva, para que el incumplimiento de una obligación contractual determine la resolución ha de ser calificada como esencial bien en los pliegos o bien en el contrato, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, y a la hora de determinar qué obligaciones tienen el carácter de esenciales, el criterio de esta Comisión, al igual que el del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, ha sido el considerar que por tales había que entender no solo aquellas establecidas en el pliego o en el contrato, tal y como establece el precepto legal, en cuanto son aquellas que el órgano de contratación considera como determinantes para la correcta satisfacción del interés público que persigue el contrato sino también aquellas otras cuyo incumplimiento determinaría que no se alcanzase dicho interés público.

Para el Dictamen 503/11, de 21 de septiembre, del Consejo Consultivo *“En anteriores dictámenes de este Consejo, interpretando el artículo 111, g) TRLCAP, se ha entendido qué cláusulas contractuales esenciales son aquéllas que tienden a la determinación y concreción del objeto del contrato y que por tanto derivan del mismo, de forma que su incumplimiento determinaría que no se alcanzara el fin perseguido por el contrato”*.

En este caso es el ayuntamiento el que califica como esenciales las obligaciones del contrato, pero ello no quiere decir que su incumplimiento suponga sin más la resolución del contrato, máxime cuando, como sucede en este caso, la Administración ha admitido la ejecución del contrato como correcta durante la ejecución del mismo, según acredita en alegaciones la empresa contratista.

En este sentido, la LCSP/17 establece en su artículo 211 f) que el incumplimiento de obligaciones que justifica la resolución contractual ha de ser, bien el de la obligación principal del contrato, bien el de las obligaciones contractuales esenciales: *“2.º Que figuren enumeradas de*

manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general”.

Aun cuando dicha Ley no sea aplicable a este contrato, recoge la doctrina jurisprudencial anterior y confirma que, para que una obligación sea calificada como esencial, no basta con que pueda ser más o menos importante, sino que la misma, o bien se identifica como tal para que los licitadores puedan conocer su importancia y las consecuencias de su incumplimiento, o bien se trata de una obligación nuclear del contrato.

En estos casos, por tanto, lo que procede es que la Administración determine si esos incumplimientos incurren en alguno de los supuestos de imposición de penalidades recogidos en los pliegos y, en su caso, proceda a la imposición de las mismas.

Por tanto, ha de concluirse que no concurren las causas de resolución alegadas.

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

CONCLUSIÓN

No procede resolver el contrato administrativo de gestión del servicio público, mediante concesión, de los servicios energéticos y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio de Navalcarnero.

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 mayo de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 301/24

Sr. Alcalde de Navalcarnero

Pza. Francisco Sandoval, 1 – 28600 Navalcarnero