

Dictamen °: **173/19**  
Consulta: **Alcalde de Móstoles**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **29.04.19**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 29 de abril de 2019, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Móstoles, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato mixto de suministro, servicios energéticos y mantenimiento integral con garantía total de los edificios municipales y centros educativos de la ciudad de Móstoles suscrito con la empresa COFELY ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, “*la empresa*” o “*la contratista*”).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 14 de marzo de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Ayuntamiento de Móstoles en relación con la resolución del contrato citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 134/19, 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,

aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán quien formuló y firmó la propuesta de dictamen que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 29 de abril de 2019.

**SEGUNDO.-** Del expediente remitido se extraen, a continuación, los hechos que se consideran de interés para la emisión del presente dictamen.

1. Previa licitación mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Móstoles, en sesión celebrada el 20 de mayo de 2014, adoptó el acuerdo de adjudicación del contrato a la empresa citada en el encabezamiento, por un plazo de ejecución de 12 años a partir de su formalización, con posibilidad de prórroga, por un plazo no superior a cinco años, y un importe anual del contrato de 6.095.286,23 euros, IVA incluido.

El contrato se formalizó el día 17 de junio de 2014. Para responder de la ejecución el contrato la empresa adjudicataria constituyó, mediante aval bancario, una garantía por importe de 3.022.455,98 euros.

2. Según la cláusula 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) el contrato, calificado como mixto de suministro y servicios, tiene por objeto ceder el uso y explotación de las instalaciones de los edificios municipales y centros educativos del Ayuntamiento de Móstoles a una Empresa de Servicios Energéticos, para cubrir las siguientes prestaciones:

- Prestación P1 – Gestión Energética y compra de suministros (energía y agua): ejecución de las técnicas de gestión energética y explotación necesarias para el correcto funcionamiento de las instalaciones objeto del contrato, gestión del suministro energético de combustibles y electricidad y gestión y suministro de agua del edificio, control de calidad, cantidad y uso, así como garantías de aprovisionamiento Esta prestación incluye los costes de la energía consumida por las instalaciones objeto de este contrato.

- Prestación P2 - Mantenimiento preventivo: mantenimiento con servicio 24 horas dirigido a lograr el perfecto funcionamiento y limpieza de las instalaciones con todos sus componentes, así como la permanencia en el tiempo del rendimiento de las instalaciones y de todos sus componentes al valor inicial.

- Prestación P3 – Mantenimiento correctivo bajo la modalidad de garantía total, con servicio 24 horas: reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados, incluso con la renovación por obsolescencia, bajo la modalidad de garantía total.

- Prestación P4 – Inversiones en ahorro energético y energías renovables: realización de obras de mejora y adecuación de instalaciones encaminadas a la mejora de la eficiencia energética en el centro consumidor de energía.

- Prestación P5 – Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía que, a propuesta del Ayuntamiento de Móstoles, se especifican en la cláusula correspondiente del Pliego de Prescripciones Técnicas.

En la cláusula 24 se determina el régimen de penalidades por incumplimiento, estableciendo que las infracciones se sancionarán con una multa porcentual sobre el importe total anual del contrato.

La cláusula 29 se ocupa de las causas de resolución del contrato por remisión a lo establecido con carácter general en los artículos 223 a 225 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y específicamente para el contrato de suministro en los artículos 299 y 300 del mismo texto legal.

3. En el curso de la ejecución del contrato se han tramitado varios expedientes de imposición de penalidades por incumplimientos muy graves, que se relacionan a continuación:

- Penalidad por incumplimiento de cronograma de implantación de mejora relativa a la sustitución de calderas de gasóleo a gas en centros educativos. El expediente se inició por Acuerdo de 11 de noviembre de 2014 de la Junta de Gobierno Local y se resolvió por Acuerdo de 17 de febrero de 2015, imponiéndose una penalidad a la adjudicataria por importe de 50.374,26 €, que fue recurrida por la empresa contratista y confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 21 de marzo de 2017.

- Penalidad por incumplimiento de mantenimiento preventivo y correctivo y parámetros de confort en las piscinas municipales, impuesta por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14 de julio de 2015, imponiéndose una penalidad a la adjudicataria por importe de 100.748,53 €. También fue recurrida y confirmada por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de mayo de 2017.

- Penalidad por incumplimiento de cronograma de implantación de mejora relativa a la instalación de mantas térmicas en las piscinas municipales, si bien por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 28 de agosto de 2017 se declara la caducidad del citado expediente.

- Penalidad por incumplimiento del mantenimiento técnico legal en instalaciones eléctricas de baja tensión y mantenimiento de instalaciones protección contra incendios. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 3 de abril de 2018 se declara la caducidad del expediente.

- Penalidad por incumplimiento del mantenimiento técnico legal en instalaciones eléctricas de baja tensión y mantenimiento de instalaciones protección contra incendios. Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 29 de mayo de 2018 se impuso una penalidad por importe de 201.497,07 €, que se encuentra recurrida ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

4. Mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local celebrada el 7 de julio de 2015, se acordó desestimar el contrato por incumplimiento de la Administración promovido por la contratista al considerarse que no concurría la causa invocada de demora en el pago por parte de la Administración por plazo superior a seis meses.

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 21 de junio de 2018 se realiza el reconocimiento extrajudicial de créditos a favor de la mercantil por importe de 180.534,96 euros.

La Junta de Gobierno Local mediante Acuerdo de 31 de julio de 2018 acordó desestimar la solicitud de resolución del contrato planteada por la empresa contratista el 21 de mayo de 2018 por retraso de pago de facturas superior a 6 meses.

**TERCERO.-** 1. El 7 de noviembre de 2018 emitió informe la Jefa del Servicio de Mantenimiento de Edificios Municipales y Colegios Públicos, en el que refería las vicisitudes en la ejecución del contrato, haciendo constar, entre otras múltiples circunstancias, que la empresa

se encontraba imputada en las Diligencias Previas n° 85/2014 por parte del Juzgado de Instrucción n°6 de la Audiencia Nacional

El informe detalla los incumplimientos constatados en la ejecución del contrato, que agrupa del siguiente modo:

Grupo 1: Incumplimientos por demora o retraso en la ejecución:

1.- Retrasos en la ejecución de las prestaciones P4 (Inversiones en ahorro energético y energías renovables) y P5 (Obras de mejora y renovación de las instalaciones) ofertadas por la mercantil.

Partiendo de que en la oferta y en el cronograma presentado por la empresa estableció la ejecución de las citadas prestaciones “*durante los primeros 6 meses desde la firma del contrato*”, el informe constata los siguientes incumplimientos:

INSTALACIONES ELÉCTRICAS E ILUMINACIÓN

MEE 6. Instalación de detectores de presencia y sensores de luz: El número total de elementos instalados asciende a 161 en la totalidad de los edificios y centros educativos objeto del contrato, lo que difiere del número total de 1.265 unidades que la mercantil se comprometió a instalar en su oferta contractual.

No consta la recepción de las mejoras siguientes: MEE 7. Zonificación de la iluminación y cableado y MEE 26. Ascensores más eficientes.

Se constata el retraso en la ejecución de las siguientes prestaciones: MEE 8. Iluminación con lámparas y luminarias LED; MEE 9. Instalación de interruptores horarios; MEE 11. Sustitución de luminarias de bajo rendimiento en alumbrado exterior y MEE 27. Instalación de baterías de condensadores

MEE 23. Regletas múltiples con interruptor: el número total de elementos instalados asciende a 24 en el edificio de la Casa Consistorial, lo que difiere sustancialmente del número total de 107 unidades que la mercantil se comprometió a instalar en su oferta contractual.

#### INSTALACIONES TÉRMICAS

MEE 12. Instalación válvulas termostáticas: el número total de elementos instalados asciende a 1799 en la totalidad de los edificios y centros educativos objeto de este contrato, lo que difiere sustancialmente del número total de 9.227 unidades que la mercantil se comprometió a instalar en su oferta contractual.

MEE 13. Termostatos con programación horaria y termostatos con control de temperatura interior: No consta la ejecución de la mejora.

MEE 16. Sustitución de calderas de gasóleo o fuelóleo por gas natural: Los plazos fueron incumplidos, provocando serias deficiencias en cuanto a los parámetros de confort en muchos de los centros educativos de la ciudad, lo que determinó un expediente de imposición de penalidades por incumplimiento muy grave.

MEE 19. Instalar paneles solares térmicos e instalación de sistemas eficientes de ACS: La implantación de esta mejora se realizó en fecha posterior a la finalización del plazo de ejecución de la misma según el cronograma de implantación de mejoras aportado.

#### GESTIÓN DEL AGUA

Se constata el retraso en la ejecución de las mejoras siguientes: MEE 21. Instalación de sistemas de ahorro de agua y MEE 22. Instalación de perlizadores.

## MEJORA ADICIONAL ALUMBRADO INTERIOR

MEE adicional 1. 1. Sustitución de lámparas TLD a ECO, MEE adicional 1.2. Sustitución de lámparas TLD a TLS y MEE adicional 1.3. Sustitución lámparas incandescentes a bajo consumo: No consta la recepción por parte del Ayuntamiento de las mejoras antes referenciadas.

## MEJORA ADICIONAL EN PISCINAS

MEE adicional 2. Implantación de mantas térmicas en piscinas: la mejora mencionada comenzó a ejecutarse en el plazo previsto en los cronogramas aportados por la mercantil, si bien los plazos reflejados en estos fueron incumplidos.

2. Retrasos en la ejecución de las prestaciones P2 y P3 de mantenimiento preventivo y correctivo. El informe técnico realiza una extensa exposición sobre los partes y sus "porcentajes de resolución en plazo" desde la fecha de comienzo de la prestación 17 de junio de 2014 hasta la fecha de 31 de agosto de 2018.

### Grupo 2: Incumplimientos de las prestaciones:

1. Incumplimientos de las prestaciones P4 y P5.

INSTALACIONES ELÉCTRICAS E ILUMINACIÓN. Según el informe técnico queda acreditado el incumplimiento de las inversiones comprometidas en MEE 6. Instalación de detectores de presencia y sensores de luz; MEE 9. Instalación de interruptores horarios; MEE 11. Sustitución de luminarias de bajo rendimiento en alumbrado exterior; MEE 23. Regletas múltiples con interruptor; MEE 26. Ascensores más eficientes y MEE 27. Instalación de baterías de condensadores

INSTALACIONES TÉRMICAS. Según el informe se ha acreditado el incumplimiento de las inversiones comprometidas por la mercantil en

la oferta presentada en MEE 12. Instalación válvulas termostáticas y MEE 13. Termostatos con programación horaria y termostatos con control de temperatura interior.

GESTIÓN DEL AGUA. Incumplimiento de las inversiones comprometidas en MEE 22. Instalación de perlizadores, resultando el número total de elementos instalados el de 153 debiendo ser el número total el de 2.586 unidades

MEJORA ADICIONAL ALUMBRADO INTERIOR. Queda acreditado el incumplimiento de las inversiones comprometidas en MEE adicional 1.1. Sustitución de lámparas TLD a ECO; MEE adicional 1.2. Sustitución de lámparas TLD a TLS y MEE adicional 1.3. Sustitución lámparas incandescentes a bajo consumo.

MEJORA ADICIONAL EN PISCINAS. Incumplimiento de la MEE adicional 2. Implantación de mantas térmicas en piscinas ofertada para 3 Polideportivos Municipales, habiéndose ejecutado únicamente en 2.

2.- Incumplimientos del mantenimiento técnico legal y adecuación a normativa.

El informe destaca que la contratista ha remitido quejas sobre el estado en el que se encontraban las instalaciones a posteriori del inicio del contrato, cuando se ha exigido el cumplimiento íntegro del mismo, no constando que durante el período de licitación y después de haber realizado visitas a los centros objeto del contrato como exigían los pliegos, hubiera denunciado esa situación al Ayuntamiento de Móstoles en tiempo y forma.

El informe señala que desde el inicio de la ejecución la contratista ha incumplido sus obligaciones en cuanto al mantenimiento técnico legal y las adecuaciones a normativa, en especial en materia de las

instalaciones eléctricas y del cumplimiento del Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión, lo que ha determinado un grave riesgo para la seguridad de los usuarios de las instalaciones municipales, y continuos requerimientos por parte de la Comunidad de Madrid intimando la iniciación de procedimiento sancionador por incumplimiento de la normativa vigente. Según el informe ante la pasividad de la mercantil y la necesidad inmediata de actuación dado de un lado el riesgo de los usuarios y de otro la propia imperatividad de las adecuaciones a normativas no ejecutadas, el propio personal municipal ha atendido las mismas, lo que ha representado un enriquecimiento injusto por parte de la mercantil y un grave perjuicio al erario municipal al haber asumido los costes de personal y materiales con medios propios municipales.

3.- Incumplimientos derivados de las demoras en la ejecución de las prestaciones P2 y P3 de mantenimiento preventivo y correctivo. En cuanto a la prestación P2, el informe indica que la mercantil incumple de forma fragante y continuada desde el inicio de la ejecución las tareas y frecuencias de mantenimiento preventivo de los edificios y sus instalaciones según las Normas de Mantenimiento recogidas en el PPT. Cita como ejemplos más ilustrativos las goteras por falta de limpieza en cubiertas, canalones y bajantes, o la falta de renovación de pintura.

En cuanto a la prestación P3, señala que los retrasos en los tiempos de respuesta y reparación de los siniestros e incidencias acaecidas en cualesquiera de los elementos de las instalaciones de los centros educativos y edificios, constituye uno de los incumplimientos más recurrentes y reiterados por parte de la contratista y que ha determinado, ante la perentoreidad y urgencia de las incidencias no resueltas, que afectan al normal uso de los edificios y en la mayor parte de los casos a la seguridad de los usuarios, que hayan debido ser atendidos por el propio personal municipal, lo que ha representado un enriquecimiento injusto por parte de la mercantil y un grave perjuicio

al erario municipal ya que ha asumido los costes de personal y materiales con medios propios.

4. Incumplimientos relativos al suministro de información y documentación, falta de transparencia en la ejecución del contrato e imposibilidad de control del cumplimiento del objeto esencial. El informe indica que desde el inicio del contrato se ha solicitado a la mercantil que entregara la documentación e información necesaria para el control del cumplimiento de las prestaciones y la calidad de las mismas, de forma periódica y reiterada y que la documentación aportada por la contratista resulta fragmentaria, parcial y sesgada, extemporánea y no responde ni a lo requerido, ni a lo expresado en los Pliegos, ni a su oferta contractual.

5. Prestaciones no realizadas sujetas a un plazo de ejecución. El informe detalla una lista de incumplimientos de las prescripciones de los Pliegos y de la propia oferta contractual. Como son el incumplimiento respecto al total de los edificios municipales y centros educativos del certificado de eficiencia energética que según exigencia del pliego debería resultar expuesto en lugar perfectamente visible; no ha llevado a cabo el Plan de concienciación dirigido a los usuarios y a los trabajadores ni se ha procedido a la instalación de las pantallas LED determinadas en el PPT como medida de concienciación e información para los trabajadores, usuarios y alumnos o el incumplimiento de la obligación de abonar los ingresos correspondientes al 2% del presupuesto de adjudicación en concepto de control de calidad de los ejercicios 2015, 2016, 2017 y 2018.

Grupo 4. Quiebra de la buena fe contractual. El informe detalla un larga lista de situaciones que a su juicio han determinado la quiebra de la buena fe contractual, como es, por ejemplo, que desde el inicio de la ejecución haya manifestado su rechazo al cumplimiento de las prescripciones del Pliego, aduciendo cuestiones interpretativas, a pesar

de haber asumido el estado de las instalaciones, requisito imprescindible para concurrir a la licitación.

Grupo 5. Gastos asumidos a cargo de la bolsa económica por la Administración debidos a incumplimientos de la contratista. El informe señala que la empresa ofertó como mejora para el Ayuntamiento una bolsa económica de 300.000 € anuales para realizar obras de mejora y/o renovación de instalaciones, suministro de materiales, obras de embellecimiento, equipamiento informático... y que parte de la cantidad asignada anualmente se ha tenido que emplear en ejecutar obligaciones que corresponden a la contratista, además, de haber tenido que destinar medios personales municipales.

Grupo 6. Otras irregularidades en el cumplimiento. El informe incluye en este grupo una larga lista de desviaciones en el cumplimiento de los Pliegos, como son el incumplimiento de la normativa de Seguridad y Salud o no contar con los medios humanos, ni medios materiales (maquinaria y vehículos) necesarios para la prestación del servicio o inexistencia de los libros de mantenimiento en todos los edificios.

El informe concluye con una valoración de los daños y perjuicios causados al Ayuntamiento por importe de 2.043.024,39 euros, resultado de descontar al saldo a favor del Ayuntamiento un importe de 1.971.325,21 euros correspondiente a pagos pendientes a favor de la empresa, y todo ello sin perjuicio de lo que pudiera resultar de la liquidación definitiva del contrato (Documento 41. Folios 2176 a 2238 del expediente).

2. El 11 de diciembre de 2018 la Junta de Gobierno Local acordó iniciar el expediente de resolución del contrato, en base a lo expresado en el informe técnico anteriormente mencionado.

En el acuerdo se contiene la valoración jurídica de los hechos indicando que el informe técnico pone de manifiesto toda una serie de continuas demoras, incidencias, inactividad, dejadez y desidia absoluta acaecidas desde el inicio de las prestaciones del contrato, que se han perpetuado en el curso de la ejecución y ello a pesar de todos los esfuerzos, requerimientos y buena voluntad desplegada por los servicios técnicos municipales. Se considera que los hechos debidamente acreditados que han acaecido durante el contrato deben ser calificados como incumplimientos muy graves, y resultan de tal magnitud que imposibilitan el cumplimiento del objeto y de las obligaciones establecidas en el contrato. Subraya que no queda otra alternativa para la Administración que proceder a la resolución del contrato a causa de los incumplimientos imputables al contratista, tal y como previene el artículo 223 en sus apartados d), f) y g) del TRLCSP.

Además del inicio del expediente de resolución contractual, la Junta de Gobierno Local acordó dar audiencia a la contratista y al avalista o asegurador; solicitar informe de los servicios municipales sobre las alegaciones presentadas; solicitar informe de los Servicios Jurídicos y de la Intervención Municipal; requerir dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva, si se formulase oposición por parte del contratista y la suspensión de los efectos de la resolución del contrato hasta que se produzca la adjudicación de una nueva licitación.

3. Consta en el expediente (Documentos 45 y 46) la notificación del acuerdo de inicio del expediente a la contratista y a la avalista.

El 28 de diciembre de 2018 formuló alegaciones la empresa adjudicataria en las que, en síntesis, sostiene que no concurren los incumplimientos alegados por el Ayuntamiento; la improcedencia de la invocación de la causa establecida en el artículo 223 g) del TRCLSP así como de la invocación de tres causas “*distintas e incompatibles*”

(apartados d), f) y g) del artículo 223 del TRLCSP) debiendo limitarse a invocar la primera que se produjo en el tiempo, que para la empresa contratista es *“la demora en el pago imputable a la Administración”*.

En relación con la demora en el pago, la contratista indica que si se hace un repaso exhaustivo del histórico de pagos del Ayuntamiento se constata que prácticamente desde el momento del inicio de la ejecución del contrato se han incumplido los plazos legalmente previstos para el pago de facturas. Recuerda que en el año 2015 el Ayuntamiento tenía una deuda con la empresa de 3.589.219 euros, parte de la misma con un retraso de pago superior a los 6 meses, lo que le llevó a solicitar la resolución contractual, si bien desistió de la misma ante los compromisos adquiridos por el Ayuntamiento en relación con los pagos futuros. Indica que la situación mejoró posteriormente, si bien el 21 de mayo de 2018 la contratista se vio obligada a trasladar de nuevo al Ayuntamiento la situación de impagos por importe de 1.923.872 euros y a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento de la Administración que, según aduce, fue desestimado por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 31 de julio de 2018, recurrido en vía contencioso-administrativa y objeto del procedimiento 440/2018, tramitado en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº17, de Madrid.

El escrito de alegaciones se opone además a la indemnización de daños y perjuicios recogida en el acuerdo de la Junta de Gobierno Local por no existir incumplimiento de la empresa, no haberse tramitado un expediente contradictorio y no acreditarse daños ciertos, reales y concretos.

Por último solicita el acceso al expediente con carácter previo a su remisión a la Comisión Jurídica Asesora.

4. La Junta de Gobierno Local acordó el 15 de enero de 2019 poner de manifiesto el expediente a la empresa contratista y al avalista. Figuran en los documentos 51 y 52 las respectivas notificaciones.

Consta en el folio 2.533 que la contratista compareció en las dependencias municipales el día 16 de enero de 2019 para tomar vista del expediente.

5. El 17 de enero de 2019 la jefa del Servicio de Mantenimiento de las Instalaciones Municipales emitió informe rechazando las alegaciones formuladas por la empresa contratista (Documento 55. Folios 2535 a 2551 del expediente).

6. El 23 de enero de 2019 se recibió en el Ayuntamiento de Móstoles un escrito complementario de alegaciones formulado por la empresa contratista. En dicho escrito la adjudicataria ratificaba sus alegaciones anteriores, se oponía a la valoración de las inversiones realizadas por la empresa y los daños y perjuicios ocasionados que se contemplan en el informe económico financiero que figura en el expediente y se reservaba su derecho para el ejercicio de acciones y para reclamar al Ayuntamiento la deuda pendiente con la empresa que valora en 1.196.516,19 euros.

Las alegaciones complementarias fueron rechazadas en el informe técnico emitido el 25 de enero de 2019 por la jefa del Servicio de Mantenimiento de las Instalaciones Municipales (Documento 58).

7. El 5 de febrero de 2019 la empresa contratista presentó un nuevo escrito con el que adjuntaba 12 DVDs que, a su juicio, acreditaban la correcta ejecución de los servicios y suministros previstos en el contrato.

El mencionado escrito de la contratista fue contestado mediante informe técnico de 11 de febrero de 2019 en el que se subraya que la empresa aportaba en ese momento documentación que debía constar en las dependencias municipales desde el inicio del contrato. El informe se ratifica en todas las consideraciones formuladas en los informes anteriores.

8. El día 11 de febrero de 2019 emitió informe el letrado de la Asesoría Jurídica del Ayuntamiento de Móstoles favorable a la resolución del contrato por incumplimiento culpable de la contratista, encardinable en los apartados d), f) y g) del artículo 223 del TRLCSP (Documento 61).

De igual modo consta como documento 62 el informe de la Intervención Municipal también favorable a la resolución del contrato.

9. El 18 de febrero de 2019 la jefa de Mantenimiento de los Edificios Municipales incorporó al expediente una serie de documentos remitidos por la autoridad educativa de los centros docentes en relación con las incidencias acaecidas en la ejecución del contrato (Folios 2835 a 2848).

10. El 19 de febrero de 2019 la Junta de Gobierno Local acordó conferir un nuevo trámite de audiencia a la contratista y a la avalista. En los documentos 66 y 67 constan las notificaciones recibidas el mismo día del acuerdo.

Obra en el expediente la comparecencia de la contratista y el escrito presentado el 25 de febrero de 2019 solicitando una ampliación del plazo para formular alegaciones, que fue denegado por Acuerdo de 28 de febrero de 2019 de la Junta de Gobierno Local.

11. El 4 de marzo de 2019 se registró en el Ayuntamiento de Móstoles un nuevo escrito de alegaciones de la empresa contratista en

el que ratificó sus alegaciones anteriores y se opuso a los incumplimientos recogidos en la nueva documentación incorporada al procedimiento.

12. El 5 de marzo de 2019 la Junta de Gobierno Local acordó suspender el procedimiento de resolución contractual por el tiempo que mediara entre la solicitud de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora y la emisión del mismo. Consta en los documentos 78 y 79 la notificación del referido acuerdo a la empresa y a la avalista.

13. Finalmente se formula propuesta de resolución por el responsable de contratación en la que se propone acordar la resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista, de conformidad con lo previsto en el artículo 223 apartados d), f) y g) del TRLCSP, con incautación parcial de la garantía por un importe de 2.043.024,39 euros, sin IVA y a la retención del resto de importe, debiendo indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía retenida.

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 tramitado por el Ayuntamiento de Móstoles, a solicitud de su alcaldesa, remitido a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCJA.

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

**SEGUNDA.-** Según hemos hecho constar en los antecedentes de este dictamen la adjudicación del contrato se produjo por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Móstoles el 20 de mayo de 2014, por lo que resulta de aplicación al contrato la regulación material prevista en el TRLCSP, en cuanto que normativa vigente en dicho momento.

No obstante, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (272/17, de 29 de junio, 280/17, de 6 de julio, 399/17, de 5 de octubre y 191/18, de 26 de abril, entre otros) 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 11 de diciembre de 2018, 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 (LCSP/17).

En materia de procedimiento de resolución de contratos administrativos, ha de atenderse, por tanto, a lo previsto en el artículo 212.1 de la LCSP/17 a cuyo tenor *“la resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca”*. Ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio, debe considerarse, asimismo, lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), referido específicamente al *“procedimiento para la resolución de los contratos”* en lo que no se oponga a la ley.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución de los contratos administrativos, tanto el artículo 59 del TRLCSP como, actualmente, los artículos 190 y 212 de la LCSP/17, la atribuyen al órgano de contratación, que en este caso es la Junta de Gobierno Local, a tenor de lo dispuesto tanto en el apartado 3 de la disposición adicional segunda del TRLCSP como en el apartado 4 de la disposición adicional segunda de la LCSP/17, al tratarse de un municipio de gran población

De conformidad con el apartado tercero del artículo 191 de la LCSP/17, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución (al que se equipara la caducidad de una concesión), cuando se formule oposición por parte del contratista. En este caso, la mercantil contratista se ha opuesto a la resolución del contrato por las causas invocadas por el Ayuntamiento de Móstoles, lo que hace necesario el dictamen de este órgano consultivo.

Por su parte, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (en lo sucesivo, TRRL), establece como necesarios -con carácter previo al acuerdo del órgano de contratación en el procedimiento de resolución contractual- los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (artículo 114.3). Si bien, tratándose en este caso de un municipio de gran población, resulta de aplicación lo establecido en el apartado 8 párrafo segundo de la disposición adicional tercera de la LCSP/17, que conforme a lo dispuesto en la letra e) de la disposición adicional octava de la Ley 7/ 1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, atribuye al titular de la asesoría jurídica la emisión de los informes atribuidos al secretario.

En el expediente administrativo remitido a esta Comisión Jurídica Asesora ha emitido informe la Asesoría Jurídica municipal, favorable a la resolución contractual en los términos planteados por la Administración. También se ha emitido informe por la Intervención municipal en sentido favorable a la resolución del contrato por las causas invocadas por la Administración consultante.

Por otro lado se ha cumplido con el trámite de audiencia a la contratista y al avalista, a este último en cuanto se propone la incautación de la garantía. Se observa que se ha conferido dicho trámite en tres ocasiones: una vez aprobado el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución contractual y dos veces durante la tramitación del procedimiento, la segunda tras la incorporación de los informes de la Asesoría Jurídica y la Intervención Municipal y de nueva documentación relativa a las incidencias detectadas en la ejecución del contrato por la autoridad educativa de centros docentes y responsables de instalaciones municipales. Solamente ha formulado alegaciones la empresa contratista (hasta en cuatro ocasiones) oponiéndose a la resolución del contrato por las causas invocadas por la Administración.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en lo relativo al plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, el incumplimiento del plazo previsto para resolver el procedimiento determina la caducidad del procedimiento (art. 25.1.b de la LPAC).

En el caso sujeto a dictamen, al regirse la regulación del procedimiento para resolver el contrato por la LCSP/17, le será de aplicación el plazo de ocho meses previsto en dicho texto legal en orden a la instrucción y resolución de los expedientes de resolución contractual. Por ello, a la fecha de emisión del presente dictamen no puede tenerse por caducado el procedimiento, dado que su inicio se produjo en la fecha de 11 de diciembre de 2018 y, además, ha sido

objeto de suspensión al solicitar el dictamen de este órgano consultivo, por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 5 de marzo de 2019, conforme a lo previsto en el artículo 22.1.d) de la LPAC. Este último precepto sigue la pauta ya establecida en el artículo 42.5.c) de la LRJ-PAC al señalar que el plazo máximo legal para resolver y notificar un procedimiento podrá suspenderse entre otras circunstancias

*“...Cuando se soliciten informes preceptivos a un órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de tres meses. En caso de no recibirse el informe en el plazo indicado, proseguirá el procedimiento”.*

De la lectura de dicho precepto se colige que, para que sea efectiva la suspensión del plazo, es preciso que se comunique a los interesados tanto la petición como la emisión de los informes cuya solicitud justifica la suspensión, requisito a cuyo efectivo cumplimiento queda condicionada la efectividad de la pretendida suspensión de plazo.

En el caso que se nos plantea, aparece recogida en el expediente administrativo la comunicación a la empresa contratista y al avalista del Acuerdo de suspensión del procedimiento de resolución contractual por el tiempo que mediara entre la petición de dictamen a la Comisión Jurídica Asesora y la emisión del mismo.

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

Según resulta de las alegaciones formuladas por la empresa contratista, esta instó la resolución del contrato por falta de pago antes

de que el Ayuntamiento procediese iniciar de oficio el procedimiento de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, es decir, se alegaba, un incumplimiento previo de la Administración. Consta entre la documentación aportada por la empresa la solicitud de resolución del contrato por falta de pago de la Administración registrada de entrada en el Ayuntamiento de Móstoles el 21 de mayo de 2018. Según alega la contratista, pues no hay constancia documental en el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora, dicha solicitud de resolución contractual fue desestimada por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 31 de julio de 2018, que fue recurrido por la contratista en la vía contencioso-administrativa, habiendo dado lugar al procedimiento 440/2018 que se sigue ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº17, de Madrid.

En este caso, el contratista alega que desde el inicio del contrato se habrían incumplido los plazos legalmente previstos para el pago de las facturas, lo que le llevo a instar una primera resolución contractual en el año 2015, de la que desistió por los compromisos de pago que asumió el Ayuntamiento. Sostiene que tras ello mejoró la situación si bien en mayo de 2018 se vio abocado a instar una nueva resolución del contrato por falta de pago de la Administración de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 223 e) del TRLCSP. Según este artículo, por remisión a lo dispuesto en el artículo 216 del mismo texto legal, si la demora en el pago fuese superior a cuatro meses, el contratista puede proceder, en su caso, a la suspensión del cumplimiento del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que puedan derivarse de dicha suspensión, en los términos establecidos en esta Ley (artículo 216.5 del TRLCSP). Y si la demora de la Administración fuese superior a seis meses, el contratista tendría derecho, asimismo, a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se le originasen (artículo 216.6 del TRLCSP).

Como ya hemos señalado, la contratista se opone a la resolución planteada por el Ayuntamiento de Móstoles, invocando el incumplimiento previo de la Administración, como causa primera en el tiempo. Como ya señaló el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 373/12, de 20 de junio, y ha reiterado esta Comisión Jurídica Asesora en nuestro Dictamen 270/17 de 29 de junio o el Dictamen 365/17, de 14 de septiembre, entre otros, de existir un incumplimiento por parte de la Administración, no estaríamos ante un supuesto de concurrencia de causas de resolución –que daría lugar a su resolución por la primera causa de resolución que se hubiese producido, como se mantuvo en nuestros dictámenes 332/16, 290/17, 297/17 y 310/17-, 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.

En este caso, según aduce la empresa contratista, la resolución del contrato por la causa que acabamos de señalar, imputable a la Administración, se encuentra pendiente de una resolución judicial, pero como hemos señalado en nuestros dictámenes, ello no obsta a la conclusión y decisión final del expediente de resolución contractual planteado por el Ayuntamiento de Móstoles.

En cualquier caso, como hemos sostenido en el Dictamen 310/2017 de 27 de julio, entre otros, una eventual sentencia favorable del citado recurso contencioso-administrativo 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).

En consecuencia, si no consta durante la tramitación del procedimiento de resolución instado por la Administración que el recurso contencioso-administrativo haya sido fallado, ni se ha adoptado medida alguna en el mismo que impida acabar este expediente, es posible la tramitación de un procedimiento de resolución contractual por causa imputable a la empresa contratista y la decisión final que se adopte será recurrible con independencia del mencionado recurso contencioso; pero, como es obvio, esta resolución administrativa podrá ser sometida también a control jurisdiccional, de modo que si es impugnada en sede judicial, es entonces cuando podrá hacerse valer por el juzgado correspondiente la precedencia temporal de la causa resolutoria invocada por la empresa contratista.

Por ello cabe concluir que la decisión que adopte el Ayuntamiento en el expediente sometido preceptivamente a dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, puede quedar condicionada al fallo de la sentencia definitiva y firme que se dicte sobre la pretensión de resolución pretendida por la contratista, pero no es óbice a la tramitación y resolución del actual procedimiento.

**CUARTA.-** Respecto el expediente remitido para dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, la propuesta de resolución invoca las causas previstas en los apartados d), f) y g) del artículo 223 del TRLCSP que establecen lo siguiente:

d) La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 112.

f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

g) Imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuar ejecutando la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato.

Comenzado por la última de las causas transcritas, aunque es evidente que la propuesta la cita, lo cierto es que no realiza ninguna fundamentación que justifique su aplicación en el caso que nos ocupa.

Sobre esa causa de resolución ha tenido ocasión de pronunciarse esta Comisión Jurídica Asesora ( así nuestro Dictamen 315/17 de 27 de julio, entre otros) indicando que es una causa de resolución que fue introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, para aquellos supuestos en los que se pretendía modificar un contrato pero la modificación no podía llevarse a cabo porque no existían los requisitos legales para ello, y, no siendo modificable el contrato, existía imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, o existía la posibilidad de lesión grave para el interés público en caso de continuarse su ejecución.

Así, se resaltaba por el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo (sobre el anteproyecto de esta ley) -y se reiteró en el Dictamen 318/2012-, que el objetivo de la reforma del régimen de modificación de los contratos públicos, una vez celebrados, consistía precisamente en restringir la posibilidad de tal modificación, a la vista del dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como estaba regulado en la versión originaria de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de

marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Con la introducción de esta nueva causa de resolución contractual -ahora que las posibilidades de modificación contractual son mucho más limitadas- lo que se pretendía era permitir poner fin a los contratos en aquellos supuestos en los que no podían ser modificados pero tampoco ejecutados en los términos inicialmente pactados, motivo por el cual la resolución conlleva, como regla general, el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le fuera imputable (apartado 5 del artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible).

Como señala el Consejo de Estado en el citado Dictamen 318/2012 *“(...) Atendiendo al origen y exégesis de esta causa de resolución, resulta patente que no puede apreciarse su concurrencia en el caso analizado. En efecto, la ejecución del proyecto en las condiciones pactadas no resulta técnica ni físicamente imposible, simplemente lo es para la contratista por razones financieras que en nada atañen a la Administración.”*

En parecidos términos, el Consejo Consultivo de Aragón, en su Dictamen 213/2013 de 29 de octubre, no consideraba aplicable la causa establecida en el artículo 223,g) del TRLCSP en los casos en los que no existiese alguna circunstancia técnica sobrevenida que impidiera su ejecución:

*“La ejecución del contrato, esto es, la prestación del servicio de limpieza por la empresa contratista, no es imposible, como manifiesta el Ayuntamiento. Es decir, no existe ningún obstáculo*

*técnico o físico que impida la realización de la prestación en los términos inicialmente pactados”.*

De lo expuesto, se desprende que no puede resolverse el contrato por la citada causa del artículo 223 g) del TRLCSP alegada por el Ayuntamiento pues no se trata de ninguna imposibilidad técnica ni física que impida la realización del objeto del contrato. Tampoco ha acreditado, ni tan siquiera alegado, que sea imposible la modificación de contrato.

**QUINTA.-** Como hemos señalado anteriormente, la propuesta de resolución invoca también las causas que para la resolución contractual establecen los apartados d) y f) del artículo 223 del TRLCSP y lo fundamenta de la siguiente manera:

*“Las causas de resolución del contrato a la vista del informe de la responsable del Servicio consisten en un incumplimiento generalizado, patente, reiterativo e irremisible de las obligaciones contractuales que impide el cumplimiento del objeto mismo del contrato, constatándose que, por parte de la mercantil, se está procediendo a numerosas desviaciones, irregularidades, retrasos e inobservancia en el estricto cumplimiento de sus obligaciones contractuales de forma palmaria y ab initio todo lo cual causa la imposibilidad de que se cumpla el objeto esencial sustancial de esta contratación, que no es otro que un ahorro energético y económico relevante y, en su caso, la mejora de las condiciones de habitabilidad, de seguridad y de confort de los usuarios de los edificios propiedad del Ayuntamiento de Móstoles, mediante una actuación global e integrada, cuya ineludible consecuencia deviene en un incumplimiento de las obligaciones esenciales de conformidad a los Pliegos y a la oferta contractual(...).”*

La propuesta sustenta su fundamentación de la resolución contractual en los informes técnicos emitidos en el curso del procedimiento por la responsable del Mantenimiento de los Edificios Municipales, de los que hemos dado cuenta en los antecedentes de este dictamen, en los que se detalla de manera exhaustiva y pormenorizada los numerosos incumplimientos de la empresa contratista de la mayoría las prestaciones del contrato y de aquellas que constituyeron su oferta contractual, detectados desde el inicio del contrato y reiterados en el tiempo.

Así, según resulta del PCAP la empresa adjudicataria se comprometía la ejecución de cinco prestaciones con el objetivo fundamental, fijado en el artículo 3 del PPT, *“de un ahorro energético y económico relevante sin reducción, y en su caso mejora, de las condiciones de habitabilidad, de seguridad y de confort de los usuarios de los edificios propiedad del Ayuntamiento de Móstoles, mediante una actuación global e integrada”*.

Según los informes técnicos que obran en el expediente el mencionado objetivo no se ha logrado pues *“los incumplimientos cometidos por la empresa adjudicataria en las prestaciones básicas son de tal magnitud que no permiten que se cumpla el objeto sustancial y fundamental del contrato”* al que hemos aludido en líneas anteriores.

De dichos informes técnicos resulta que la empresa contratista ha incumplido de manera reiterada las prestaciones. Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de todos y cada uno de los incumplimientos, de los que hemos dado cumplida cuenta en los antecedentes de este dictamen, podemos destacar los siguientes:

- Incumplimiento de las prestaciones calificadas como P2 y P3 relativas al mantenimiento preventivo y correctivo respectivamente. En los informes técnicos se realiza un pormenorizado detalle de los partes de mantenimiento a partir de los datos obtenidos de *“la aplicación web*

*COFELY DIRECT, herramienta para la gestión de los avisos de mantenimiento*”, analizados desde el inicio del contrato de los que resulta en términos globales un porcentaje, en la mayoría de los casos, superior al 50% de partes de mantenimiento no resueltos en plazo. Según informan los servicios técnicos *“ante la perentoriedad y urgencia de las incidencias no resueltas, que afectan al normal uso de los edificios y en la mayor parte de los casos a la seguridad de los usuarios”* han tenido que ser atendidas por el propio personal municipal lo que ha representado un grave perjuicio para el erario municipal ya que ha asumido los costes de personal y materiales con medios propios y al mismo tiempo un enriquecimiento injusto para la empresa contratista.

El incumplimiento de la citada prestación aparece definido como muy grave en el PCAP lo que motivó la imposición de una penalidad de un 2% del importe del contrato por incumplimiento del mantenimiento preventivo y correctivo de los parámetros de confort en las piscinas municipales. Dicha penalidad se impuso por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 14 de julio de 2015 confirmado por Sentencia de 8 de mayo de 2017 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la que se considerado proporcionada la penalidad impuesta pues de *“los partes de incidencias obrantes en el expediente, puestos en relación con los informes técnicos que también figuran en el mismo, ponen de manifiesto la prestación defectuosa e irregular de los servicios e incumplimiento de los parámetros de confort en que ha incurrido la concesionaria, con pleno encaje en el artículo 25 del PPT”*, no admitiendo la calificación de leve o a lo sumo, grave que propugnaba la empresa contratista para el hipotético supuesto de que se considerase que existía incumplimiento. Además destaca que *“la intención del Ayuntamiento no ha sido reprimir a la recurrente por no atender, puntualmente, algún/os avisos, sino por el deficiente funcionamiento general de las instalaciones”*.

De los informes técnicos se constata que el incumplimiento de las prestaciones P2 y P3 se ha reiterado por la empresa, por lo que la imposición de la penalidad no supondría un obstáculo para la resolución contractual dada la reincidencia en los incumplimientos graves que recoge la cláusula 24 del PCAP.

También en relación con las prestaciones P2 y P3 en las que se incluye el mantenimiento técnico legal y adecuación a normativa de las instalaciones municipales, los informes técnicos destacan el incumplimiento de la obligación de la empresa contratista de obtener certificados favorables emitidos por los organismos de control autorizados de la totalidad de los edificios e instalaciones objeto del contrato en un periodo máximo de un año desde la adjudicación del servicio. En este sentido los informes técnicos indican que la Comunidad de Madrid ha requerido dichos certificados so pena de iniciar procedimiento sancionador contra el Ayuntamiento y que este ha tenido que recurrir a la bolsa económica no prevista en el contrato para el cumplimiento de esa obligación contractual que la mercantil contratista se ha negado a ejecutar.

- Incumplimiento de las prestaciones P4 y P5 relativas a inversiones en ahorro energético y energías renovables y en obras de mejora y renovación de las instalaciones, respectivamente, que según resulta del expediente la empresa contratista ofertó como mejora y se obligó a ejecutar dentro de los seis primeros meses desde la firma del contrato. Los informes técnicos realizan un exhaustivo detalle del incumplimiento de dichas prestaciones en relación con múltiples instalaciones como la eléctricas e iluminación, donde por ejemplo se indica que solamente se han instalado 161 detectores de presencia y sensores de luz frente a los 1.265 que se comprometió la empresa en su oferta o en materia de instalaciones térmicas, donde la contratista se comprometió a instalar, entre otras medidas para la mejora de

eficiencia energética también incumplidas, 9.277 unidades de válvulas termostáticas habiéndose solamente instalado 1.799 unidades.

En este punto, tal y como destacan los informes técnicos emitidos en contestación a las alegaciones de la contratista, la propia empresa reconoce haber realizado algunas de las prestaciones fuera del plazo de seis meses al que se comprometió y en cuanto a las realizadas en muchas de ellas también reconoce haber ejecutado unos porcentajes en la mayoría de los casos inferiores al 50% respecto a lo previsto en el contrato.

A tenor de lo que resulta de los informes técnicos, de los que se infiere un incumplimiento reiterado de la mayoría de las prestaciones del contrato y de aquellas otras a las que se comprometió la empresa contratista y que no ha sido desvirtuado por las alegaciones de la adjudicataria (que incluso ha reconocido el incumplimiento fuera de plazo o defectuoso de alguna de las prestaciones a las que se comprometió en virtud de su oferta contractual, según lo que hemos expuesto anteriormente) consideramos procedente la resolución del contrato porque la empresa contratista no cumplió las obligaciones que le imponía el contrato e incurrió en las causas de resolución consignadas en los artículos 223. d) y f) del TRLCSP: la demora en el cumplimiento de los plazos por la contratista y el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato.

Respecto a la causa consignada en la letra f) del artículo 223 del TRLCSP, esta Comisión Jurídica Asesora, en los dictámenes 191/16, 192/16, de 9 de junio y 270/17 de 29 de junio, entre otros, ha considerado, como en su día lo hizo el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen 503/11, de 21 de septiembre, que por obligaciones esenciales habían de entenderse aquellas 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 alcanzase el fin perseguido por el contrato.

Por ello el mismo Consejo consideró en su Dictamen 212/14, de 21 de mayo, que el incumplimiento del objeto mismo del contrato determinaba la resolución.

Como señalaron los dictámenes núm. 191/16, de 9 de junio y 269/16, de 30 de junio, de esta Comisión Jurídica Asesora, el incumplimiento del objeto mismo del contrato conecta con el carácter esencial de las requisitos del contrato, tal y como reconoce el artículo 1261 del Código Civil en relación con el artículo 1256 de dicho cuerpo legal, que remarca que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

En nuestro Dictamen 162/17, de 20 de abril, que reseñaba otros dictámenes anteriores (el núm. 564/16, de 22 de diciembre, y el núm. 209/16, de 16 de junio), se manifestó que el incumplimiento de la contratista del objeto mismo del contrato, esto es, de la propia prestación del servicio a que se obligó con la formalización del mismo, podía incardinarse en el artículo 223.f) del TRLCSP.

En este caso, de lo constatado en los informes técnicos se colige sin dificultad que los incumplimientos alegados lo son de las prestaciones que pueden calificarse como esenciales del contrato, al ser un incumplimiento de obligaciones sustanciales que impiden que el contrato alcance su fin, que no es otro que mediante una actuación global e integrada se logre una mejora de la eficiencia energética, reduciendo el gasto corriente en energía del municipio, además de la renovación de instalaciones y la implantación de medidas de eficiencia energética y el mantenimiento integral de los edificios municipales y los centros educativos del municipio, siendo dichos incumplimientos reiterados y de entidad suficiente para permitir que la Administración puede hacer uso de su facultad de resolución, sin que el motivo de

resolución haya quedado desmentido por las alegaciones de la empresa.

**SEXTA.-** Vista la procedencia de la resolución contractual, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

En particular y por lo que se refiere a la garantía definitiva, debe recordarse que esta cuestión pertenece al régimen jurídico sustantivo del contrato (efectos de la causa de resolución) y no a la regulación del procedimiento, por ello habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 225.3 del TRLCSP:

*“Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada”.*

Como hemos recogido en numerosos dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora, (así los dictámenes 272/17, de 29 de junio, el 280/17, de 6 de julio o el 479/18, de 8 de noviembre, entre otros) siguiendo la doctrina mayoritaria del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, del precepto transcrito no puede inferirse la incautación de la garantía como un efecto automático inherente a la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista como pretende el Ayuntamiento. En este punto cabe recordar que el artículo 114.4 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y posteriormente el artículo 113.4 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto legislativo, 2/2000, de 16 de junio, determinaban, para los casos de resolución contractual por

incumplimiento culpable del contratista, la incautación automática de la garantía debiendo además indemnizarse los daños y perjuicios producidos a la Administración en lo que excedieran de su importe. En base a dicha regulación se venía admitiendo una doble naturaleza de la garantía, por una parte, como una especie de pena convencional que se aplicaba automáticamente con independencia de los daños y perjuicios causados a la Administración, y de otra, como indemnización de los daños y perjuicios causados, lo que exigía una cuantificación de los perjuicios causados de manera que si el cálculo era superior a la garantía incautada, la Administración reclamaba al contratista el importe que excediera de la garantía constituida. Frente a ese automatismo en la incautación de la garantía, la jurisprudencia y el Consejo de Estado, fueron modulando su aplicación e incluso excluyéndola en determinados casos a la vista, por ejemplo, del comportamiento de las partes en la vida contractual.

El artículo 225.3 del TRLCSP (al igual que su precedente inmediato el artículo 208.4 de la LCSP) que resulta de aplicación al caso, no contempla referencia alguna a la incautación automática de la garantía, sino que circunscribe las consecuencias de la resolución contractual por incumplimiento culpable de la contratista a la obligación de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, de manera que si el importe de la fianza es superior al de los daños y perjuicios cuantificados, la incautación debe ser parcial, procediendo la devolución de la garantía en la suma restante.

Manifestada pues nuestra postura contraria a la incautación automática de la garantía como postula la propuesta de resolución, debe resaltarse que la Administración contratante deberá tramitar un procedimiento contradictorio separado con audiencia de los interesados para valorar económicamente los daños y perjuicios irrogados al Ayuntamiento de Móstoles como consecuencia del incumplimiento,.

Ahora bien no podemos olvidar que el artículo 225.4 del TRLCSP establece que *“en todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida”*, previsión que conjuga mal con la brevedad de los plazos a que viene sometida la tramitación del procedimiento resolutorio y la sanción de caducidad que lleva aparejada.

Por ello entendemos procedente que pueda acordarse la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista sin pérdida de la garantía constituida y que se incoe un procedimiento contradictorio para la determinación de los daños y perjuicios, reteniéndose mientras tanto el importe de la garantía, como medida cautelar conforme el artículo 56.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En todo caso, los efectos de la resolución del contrato estarían supeditados a la resolución del procedimiento judicial penal que se sigue en relación con el contrato y al pronunciamiento judicial sobre la resolución contractual instada por la empresa contratista.

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

## **CONCLUSIÓN**

Procede la resolución del contrato por las causas d) y f) del artículo 223 del TRLCSP, sin perjuicio de la incidencia del pronunciamiento judicial penal y del pronunciamiento judicial

contencioso-administrativo sobre la resolución contractual instada por la empresa contratista.

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 abril de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 173/19

Sra. Alcaldesa de Móstoles

Pza. España, 1 – 28934 Móstoles