

Dictamen n.º: **282/18**  
Consulta: **Alcalde de Valdemoro**  
Asunto: **Contratación Administrativa**  
Aprobación: **21.06.18**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 21 de junio de 2018 sobre la consulta formulada por el alcalde de Valdemoro, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente de resolución del contrato de *“Suministro, servicios energéticos y mantenimiento con garantía total de las instalaciones en el centro consumidor de energía integrado por los edificios y equipamientos incluidos en los inmuebles municipales y alumbrado público del Ayuntamiento de Valdemoro”* (exp. 75/2013), suscrito con la empresa Cofely España, S.A.U. (en adelante, *“la empresa”* o *“la contratista”*).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 10 de mayo de 2018 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de dictamen preceptivo procedente de la entonces Consejería de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, en relación con el expediente citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 239/2018 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, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

Al observar que el expediente se encontraba incompleto, al amparo de lo establecido en el artículo 19.2 del ROFCJA se solicitó diversa documentación, con suspensión del plazo para emitir dictamen.

La documentación solicitada tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el día 1 de junio de 2018, reanudándose el plazo para la emisión del dictamen desde esa fecha.

Ha correspondido la ponencia, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 21 de junio de 2018.

**SEGUNDO.-** De los documentos que no fueron remitidos inicialmente a esta Comisión Jurídica Asesora y que han sido incorporados después, a instancias de este órgano consultivo, se extraen los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente dictamen:

1.- Previa licitación mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios, y previo depósito de la garantía definitiva mediante aval bancario en la Tesorería Municipal, la Junta de Gobierno Local, en sesión extraordinaria y urgente celebrada el 5 de diciembre de 2013, adjudicó el contrato a la contratista por un importe total de 60.839.705,25 euros y un plazo de ejecución de 15 años sin posibilidad de prórroga.

El 27 de diciembre de 2013 se formaliza un contrato administrativo entre el Ayuntamiento de Valdemoro y la entidad mercantil Cofely

España, S.A.U. siendo su objeto el suministro, servicios energéticos y mantenimiento con garantía total de las instalaciones en el centro consumidor de energía integrado por los edificios y equipamientos incluidos en los inmuebles municipales y alumbrado público del Ayuntamiento de Valdemoro.

El contratista se comprometió a su ejecución en los términos convenidos y de acuerdo con el pliego de cláusulas administrativas particulares, pliego de prescripciones técnicas y oferta presentada.

El objeto del contrato, según el PCAP, incluye las siguientes prestaciones:

- Prestación P1: Gestión energética.
- Prestación P2: Mantenimiento.
- Prestación P3: Garantía total.
- Prestación P4: Obras de mejora y renovación de las instalaciones.
- Prestación P5: Mejora de la eficiencia energética.
- Prestación P6: Trabajos complementarios.

En lo relativo a la tramitación de facturas y pago del precio del contrato, la cláusula cuarta expresa la obligación del contratista de presentar facturas mensuales. También refiere el contenido de las mismas, lugar de presentación y abono del precio convenido dentro de los treinta días siguientes a la fecha de aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad, así como a la obligación de la Administración de pagar intereses por demora en el abono del precio convenido.

Según explicita la cláusula sexta, la resolución del contrato tendrá lugar, en los supuestos señalados en el pliego y en los fijados en el 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

se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista. También recoge que cuando el contrato se resuelva por culpa del contratista se incautará la garantía definitiva, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios originados a la Administración, en lo que excedan del importe de la garantía.

2.- El 13 de noviembre de 2014 tiene entrada en el Registro del Ayuntamiento de Valdemoro, un oficio del Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional para comunicar al Pleno del Ayuntamiento de Valdemoro que:

*“En resolución dictada en el día de la fecha en las Diligencias Previa 85/2014 he acordado dirigir el presente a ese pleno del Ayuntamiento a los efectos de poner en su conocimiento, la iniciación del proceso penal con relación a los contratos adjudicados y que a continuación se señalan:*

*(...)*

*y ello a los efectos de que el Ayuntamiento decida, si así lo acuerda, la iniciación del procedimiento de revisión de oficio de los contratos adjudicados con los efectos previstos, en los artículos 104 de la Ley 30/1992 y 35.3 del TRLCSP” .*

No consta en el expediente remitido la resolución judicial dictada.

3.- El 11 de junio de 2015 la empresa contratista presenta un escrito en el Ayuntamiento para exponer que desde agosto de 2014 no le han sido abonadas facturas por los servicios prestados y ante la inactividad de la Junta de Gobierno Local a los requerimiento de pago de diversas facturas en abril de 2015, solicita la resolución contractual por falta de pago de los trabajos realizados y su liquidación con indemnización de daños y perjuicios. Para el supuesto de que no se proceda al abono de las

cantidades adeudadas comunica su derecho a suspender el contrato de conformidad con lo establecido en el artículo 216.5 del TRLCSP.

Con posterioridad, el 29 de julio de 2015 desiste de la solicitud anterior *“a la vista de las comunicaciones mantenidas con el Ayuntamiento, y ante los compromisos adquiridos por el mismo para hacer frente a la deuda que mantiene con COFELY en el marco del contrato”*.

4.- Mediante Decreto municipal nº 2853/15, de 9 de septiembre, el alcalde de Valdemoro aprueba un acuerdo regulador de las condiciones de pago de las facturas que se relacionan en su Anexo, por importe de 1.614.837,19 euros.

El acuerdo, con las estipulaciones que a continuación se expresan, se notifica a la contratista el 22 de septiembre de 2015, sin que conste en la documentación recibida en esta Comisión, la firma del acuerdo por parte de COFELY.

*“PRIMERA.- Que COFELY ESPAÑA S.A. mantendrá la vigencia del contrato antedicho de acuerdo a lo señalado en los pliegos y el contrato administrativo que lo regulan.*

*SEGUNDA.- Que el Excelentísimo Ayuntamiento de Valdemoro se compromete al pago de la deuda pendiente con COFELY ESPAÑA S.A. mediante pagos mensuales de 134.569,77 euros a lo largo de doce meses a contar desde la firma del presente documento. Por su parte COFELY ESPAÑA no exigirá intereses de demora de las facturas incluidas en el presente acuerdo.*

*TERCERA.- Adicionalmente, el Ayuntamiento procederá al abono de los importes que correspondan a la facturación del contrato desde el 1 de junio de 2015, en el plazo previsto legalmente.*

*CUARTA.- Que el incumplimiento de cualquier de las estipulaciones, supondrá la anulación del presente acuerdo, procediendo las partes en su caso como mejor convenga a su derecho”.*

5.- El 1 de marzo de 2018 COFELY ESPAÑA S.A.U comunica por escrito a la Junta de Gobierno Local que desde que se formalizó el contrato, que califica de contrato administrativo mixto, ha cumplido sus obligaciones contractuales de ejecución del contrato y ha presentado en tiempo y forma las correspondientes facturas. También manifiesta, que desde julio de 2017, el Ayuntamiento de Valdemoro ha incumplido su obligación contractual de abonar facturas por los servicios prestados y que alcanzan un importe de 2.229.235,67 euros, más 41.315,76 euros de intereses, por lo que solicita, se incoe expediente de resolución y liquidación del contrato por la causa prevista en el artículo 223 e) del TRLCSP y se proceda a abonar las facturas adeudadas, las inversiones no amortizadas, los daños y perjuicios ocasionados, los intereses de demora y la devolución de la garantía. Para el supuesto de que en el plazo de un mes no haya abonado las cantidades reclamadas, comunica que hará efectivo su derecho a suspender el contrato por aplicación de lo establecido en el artículo 216.5 del TRLCSP.

El 27 de marzo de 2018 COFELY ESPAÑA S.A.U reitera por escrito a la Junta de Gobierno Local las cantidades que le adeuda el Ayuntamiento por las prestaciones efectuadas en virtud del contrato, solicita la incoación de expediente de resolución y liquidación del contrato por la causa prevista en el artículo 223 e) del TRLCSP y para el supuesto de impago de la cantidades adeudadas y reclamadas comunica que hará efectivo su derecho a suspender el contrato de conformidad con el artículo 216.5 del TRLCSP.

**TERCERO.-** El 4 de abril de 2018 el interventor general informa de la entrada en dicha unidad, de diversas facturas *“y en relación con todas*

*las facturas, pendientes de tramitar, de la empresa COFELY nos reiteramos en lo señalado en los informes de fecha 2 de marzo del 2018 por lo que se solicita que el órgano competente proponga a la Junta de Gobierno Local, la aprobación o denegación del presente expediente de gasto”. No ha sido incorporado al expediente el citado informe de 2 de marzo de 2018.*

El 10 de abril de 2018, el alcalde de Valdemoro solicita informe a la Secretaría Municipal sobre la legislación aplicable y procedimiento a seguir para la revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho de la adjudicación del contrato, y en el mismo informe, se analice también la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para, en su caso, proceder a la resolución contractual en base al artículo 223. g) del TRLCSP.

En la misma providencia municipal, se requiere también informe de la Intervención Municipal sobre el estado de la deuda que el Ayuntamiento de Valdemoro mantiene con la contratista.

El 10 de abril de 2018, el interventor general informa que examinada la contabilidad pública municipal, a dicha fecha, el total de la deuda pendiente de abonar a COFELY alcanza un importe de 1.841.969, 41 euros y *“que en relación a los posibles indemnizaciones económicas, que puedan derivarse de la extinción del contrato, bien sea en su modalidad de revisión de oficio o resolución contractual, no puede pronunciarse sobre valoración económica de las mismas, en esta fase procedimental, de ejercicio de acciones administrativas, hasta tanto no se proceda a liquidar el contrato administrativo”.*

Con idéntica fecha, emite informe el secretario general. Tras exponer los antecedentes, normativa aplicable y procedimiento a seguir formula propuesta de resolución de inicio de expediente de revisión de oficio y resolución contractual en los siguientes términos:

*“PRIMERO. REVISION DE OFICIO DEL CONTRATO (...).*

*SEGUNDO. INICIO DE NUEVO EXPEDIENTE DE CONTRATACION (...).*

*TERCERO. RESOLUCION CONTRACTUAL EN BASE AL ART. 223. G  
TRLCSP (...).*

*CUARTO. RESOLUCION CONTRACTUAL EN BASE AL ART. 223.E  
TRLCSP (...).”*

El informe se acompaña de un anexo cronograma *“debido a la complejidad del supuesto planteado, la consulta formulada y la propuesta realizada”*.

También el 10 de abril de 2018 el ingeniero técnico municipal relaciona por escrito los suministros eléctricos correspondientes al alumbrado público y dependencias municipales que por sus características y función, serían considerados como suministros esenciales.

Previo dictamen favorable de la Comisión Informativa de Urbanismo, Obras y Servicios, Vivienda, Movilidad, Tráfico y Transportes, el Pleno del Ayuntamiento en sesión extraordinaria y urgente celebrada el día 13 de abril de 2018 aprobó el inicio de expedientes de revisión de oficio y resolución contractual del contrato en los siguientes términos:

*“PRIMERO.- REVISION DE OFICIO DEL CONTRATO.*

*Se propone al Pleno:*

*1º.- Acordar el inicio del procedimiento de revisión de oficio del acto de adjudicación del contrato de "Suministro, servicios energéticos y mantenimiento con garantía total de las instalaciones en el centro consumidor de energía integrado por los edificios y equipamientos*

*incluidos en los inmuebles municipales y alumbrado público del Ayuntamiento de Valdemoro", por considerar que se encuentra incurso en la siguiente causa de nulidad: artículo 47.1.d de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta").*

*La motivación de este acuerdo se encuentra en la posibilidad de que el mismo haya sido dictado como consecuencia de ilícitos penales, tal como se detalla en las Diligencias Previas 85/2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional.*

*2º.-Notificar el inicio del procedimiento a los interesados, COFELY ESPAÑA S.A. y el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, para que en el plazo no inferior a diez días ni superior a quince, presenten las alegaciones y sugerencias que consideren necesarias.*

*3º.- Dar traslado del expediente, una vez finalizado el trámite de audiencia a los interesados, a los Servicios Municipales para que informen las alegaciones presentadas.*

*4º.- Remitir el expediente a la Secretaría, tras el informe técnico, para la emisión del informe-propuesta.*

*5º.- Con los informes anteriores, trasládese a la Comisión informativa competente para su estudio y propuesta de aprobación, que se elevará al Pleno en la próxima sesión que se celebre.*

*6º.- Solicitar, realizados todos los trámites anteriores y adjuntando la propuesta de resolución, el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.*

7°.- Suspender el plazo de 6 meses para resolver y notificar la resolución del procedimiento. La motivación de esta suspensión se encuentra en el hecho de que resulta indispensable conocer, de forma previa a la resolución administrativa, el pronunciamiento judicial del Tribunal Penal, derivado de las Diligencias Previas 85/2014 impulsadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional.

8°.- Suspender la ejecución del acuerdo de adjudicación, de 5 de diciembre de 2013, del contrato de "Suministro, servicios energéticos y mantenimiento con garantía total de las instalaciones en el centro consumidor de energía integrado por los edificios y equipamientos incluidos en los inmuebles municipales y alumbrado público del Ayuntamiento de Valdemoro". La motivación de esta suspensión se debe a que la continuación de esta adjudicación y las prestaciones de que él se derivan, especialmente el pago de dinero público, pueden causar perjuicios de imposible o difícil reparación a la Hacienda Municipal, derivados también de las Diligencias Previas 85/2014.

En relación a este punto se propone adicionalmente:

1. Ordenar al contratista, COFELY ESPAÑA S.A., la continuación de las prestaciones que son objeto del contrato debido al interés público afectado, hasta que se adopten las medidas urgentes para sustituirlo de forma directa por el Ayuntamiento o a través de otro contratista.

Con referencia a esta obligación, y de conformidad con lo establecido en el art. 52 de Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, se procede a declarar esenciales los servicios de alumbrado público del Ayuntamiento incluidos en el Anexo al presente acuerdo.

2. Ordenar al contratista, en el plazo de 10 días, la elaboración de un Informe que permita conocer el estado exacto de la ejecución

*contractual al momento de la notificación del acuerdo de suspensión, con el fin de complementar el Acta que deberá realizarse por este Ayuntamiento.*

*9º.- Suspender el plazo máximo legal para resolver el procedimiento por el tiempo que medie entre la petición del Dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid y su recepción.*

*10º.- Remitir el expediente a la Secretaría, una vez recibido el Dictamen a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, para la emisión del informe propuesta.*

*11º.- Con los informes anteriores, trasládese a la Comisión informativa competente para su estudio y propuesta de aprobación, que se elevará al Pleno.*

#### **SEGUNDO.- INICIO DE NUEVO EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN.**

*Se propone al Pleno:*

*1º.- Solicitar a la Alcaldía que, con la mayor brevedad posible, tome las medidas oportunas para que, bien mediante medios propios o a través de las contrataciones oportunas, se garantice el suministro eléctrico del alumbrado público y resto de servicios esenciales afectados.*

*2º.- Que se comuniquen a COFELY ESPAÑA S.A. las medidas que se adopten y, cuando sea posible, los datos del nuevo contratista y resto información necesaria para garantizar la correcta prestación del servicio público desde la suspensión de la adjudicación de su contrato.*

**TERCERO.- RESOLUCION CONTRACTUAL EN BASE AL ART. 223.G TRLCSP.**

*Se propone al Pleno:*

*1º.- Acordar e Inicio del procedimiento de resolución de oficio del contrato de "Suministro, servicios energéticos y mantenimiento con garantía total de las instalaciones en el centro consumidor de energía integrado por los edificios y equipamientos incluidos en los inmuebles municipales y alumbrado público del Ayuntamiento de Valdemoro", por considerar que se encuentra incurso en la siguiente causa de resolución: artículo 223.g 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 ("La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I").*

*La motivación de este acuerdo se encuentra en la posibilidad de que el mismo haya sido dictado como consecuencia de ilícitos penales, tal como se detalla en las Diligencias Previas 85/2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional.*

*2º.- Notificar el inicio del procedimiento a los interesados, COFLEY ESPAÑA S.A. y el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional, para que en el plazo de audiencia de cinco días hábiles, presenten las alegaciones y sugerencias que consideren necesarias.*

*3º.- Solicitar informe del servicio competente así como de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo de cinco días.*

*4º.- Solicitar informe de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, siempre que exista oposición por parte del contratista.*

5º.- *Con los informes anteriores, trasládese a la Comisión informativa competente para su estudio y propuesta de aprobación, que se elevará al Pleno.*

6º.- *El Pleno resolverá motivadamente debiendo, además, notificar al contratista tal resolución.*

CUARTO.- *RESOLUCION CONTRACTUAL EN BASE AL ART. 223.E TRLCSP.*

*Se propone al Pleno:*

1º.- *Solicitar al contratista la subsanación de su solicitud, conforme a los datos ofrecidos por la Tesorería municipal, toda vez que parte de las facturas exigidas al pago ya han sido anonadas y otras han sido rechazadas y devueltas.*

2º.- *Informar al contratista que sus reclamaciones de pago serán en lo sucesivo analizadas en el contexto de la revisión de oficio del contrato, pudiendo por ello carecer de causa”.*

El acuerdo, con indicación de los recursos procedentes se notifica al Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional y al contratista.

El 16 de abril de 2018 el alcalde traslada a la Concejalía de Urbanismo los expedientes de distintas facturas presentadas por la contratista “*para que se estudie los pasos a seguir*”, sin que conste en el expediente remitido, la emisión de dicho informe.

El 26 de abril de 2018 la empresa presenta alegaciones únicamente al punto tercero del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 13 de abril de 2018 “*inicio de expediente de resolución del contrato en aplicación del*

*artículo 223 g) TRLCSP*". Reconoce en su escrito, que el 9 de septiembre de 2015 formalizó con el Ayuntamiento un plan de pagos por el que el Ayuntamiento se comprometía a abonar al mes 134.589,77 euros durante 12 mensualidades para cubrir la deuda existente, y además, a abonar la nueva deuda generada en el plazo legalmente previsto. Pone de manifiesto que desde la formalización de dicho plan de pagos en septiembre del año 2015, el Ayuntamiento ha incumplido los términos del acuerdo alcanzado, y *"pese a los pagos realizados por el Ayuntamiento con posterioridad a la presentación de la solicitud de resolución (...)"* el Ayuntamiento continúa adeudando 2.312.985,93 euros con el desglose que adjunta en anexo.

Con respecto al acuerdo de resolución contractual por la causa prevista en el artículo 223 g) del TRLCSP, solicita su archivo y el inicio de un procedimiento de resolución en base al artículo 223 e) del TRLCSP y la liquidación del contrato, vulneración del derecho a la presunción de inocencia al encontrarse la investigación penal en curso, enriquecimiento injusto del Ayuntamiento y vulneración del principio de confianza legítima, con abono de la deuda, de los intereses de demora, e indemnización de daños y perjuicios.

En caso de acordarse la resolución del contrato por la causa del artículo 223 g) del TRLCSP, alegaba que debían abonarse los servicios prestados, las inversiones no amortizadas y los daños ocasionados (3% del importe de las prestaciones dejadas de realizar). Además, considera procedente la devolución de la garantía porque considera acreditado que no se ha producido ningún incumplimiento por su parte, sino todo lo contrario, al considerar que es el Ayuntamiento el que ha incumplido sus obligaciones de pago y la que deberá indemnizar por los daños irrogados.

El 26 de abril de 2018 el alcalde de Valdemoro solicita informe jurídico a la Secretaria municipal sobre las alegaciones presentadas por la

contratista y una *“propuesta a Pleno de las actuaciones a seguir en el expediente”*.

El secretario municipal, el mismo día 26 de abril de 2018 informa desestimar las alegaciones presentadas por COFELY. Ratifica y reproduce lo manifestado en el informe emitido el 10 de abril de 2018. Destaca y considera, que al haberse producido oposición del contratista a la resolución contractual iniciada en base al artículo 223 g) del TRLCSP, procede solicitar informe de esta Comisión Jurídica Asesora *“de forma previa al acuerdo finalizador del procedimiento”*.

El Pleno municipal, el 26 de abril de 2018 en sesión ordinaria acuerda:

*“PRIMERO. Desestimar las alegaciones presentadas por COFELY en su escrito de 26 de abril de 2018 en base a los argumentos jurídicos plasmados en el informe de Secretaria, de 26 de abril de 2018.*

*SEGUNDO. Resolver el archivo del trámite de resolución contractual por demora en el pago (art. 223.e del TRLCSP) por falta de causa al encontrarse suspendido el acto de adjudicación contractual en el procedimiento de revisión de oficio iniciado por acuerdo de Pleno de 13 de abril de 2018.*

*TERCERO. Continuar el trámite de resolución contractual por posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos.*

*No se vulnera con ello la presunción de inocencia de la contratista, el peligro de lesión al interés público es cierto e inminente, indistintamente a la situación procesal penal de la contratista.*

*No procede en este momento la calificación como culpable o no de la resolución contractual, en tanto se produzca el pronunciamiento judicial del Tribunal Penal, derivado de las Diligencias Previas 85/2014 impulsadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional.*

*No procede en este momento el inicio del procedimiento de liquidación contractual hasta que se produzca el acuerdo finalizador del procedimiento de resolución contractual. Dicho procedimiento, en todo caso, deberá, una vez iniciado, ser suspendido en su plazo máximo para resolver y notificar dado que resultará indispensable conocer, de forma previa a la resolución administrativa, la sentencia penal que aborda este contrato administrativo en la Audiencia Nacional.*

*La liquidación contractual, que deberá garantizar que no se produzca el enriquecimiento injusto de ninguna de las partes, deberá valorar los daños y perjuicios que procedan, incluyendo lucro cesante e intereses de demora, así como el porcentaje del 225.5 TRLCSP y la devolución o no de la garantía. Todo ello, analizando el carácter culposo o no de la resolución a la luz de lo manifestado en la sentencia penal donde se sustancia el análisis de este procedimiento contractual.*

*CUARTO. Puesto que se ha producido oposición del contratista a la resolución contractual iniciada en base al artículo 223.g del TRLCSP, procede solicitar informe de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid por aplicación del artículo 211.3.a. del TRLCSP, de forma previa al acuerdo finalizador del procedimiento.*

*Suspender el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento de resolución contractual en base al artículo 223. G del TRLCSP hasta que se reciba el informe de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (art. 22.1.d. LPAC).*

*QUINTO. Ordenar a COFELY ESPAÑA S.A. que no proceda al corte de suministro eléctrico el día 27 de abril de 2018, como vienen comunicando de forma reiterada.*

*Ordenar al contratista, COFELY ESPAÑA S.A. la continuación de las prestaciones que son objeto del contrato debido al interés público afectado, hasta que se adopten las medidas urgentes para sustituirlo de forma directa por el Ayuntamiento o a través de otro contratista*

*Con referencia a esta obligación, y de conformidad con lo establecido en el art. 52 de Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, se recuerda a COFELY ESPAÑA S.A. la declaración de esenciales de los servicios de alumbrado público del Ayuntamiento incluidos en el Anexo del Acuerdo de Pleno de 13 de abril de 2018. Reiterar a COFELY ESPAÑA S.A. la necesidad de elaboración de un informe que permita conocer el estado exacto de la ejecución contractual al momento de la notificación del acuerdo de suspensión, con el fin de complementar el Acta que deberá realizarse por este Ayuntamiento, el cual ya fue requerido en el Acuerdo de Pleno de 13 de abril de 2018”.*

El 31 de mayo de 2018 el secretario municipal del Ayuntamiento de Valdemoro en informe incorporado al procedimiento tras la petición de documentación complementaria por esta Comisión Jurídica Asesora, precisa que “nuestra solicitud de dictamen se refiere a la posibilidad de resolución contractual por aplicación del artículo 223.g del TRLCSP, por posible lesión al interés público, ante la oposición del contratista a la misma. Es decir, corresponde con lo señalado en el Punto Tercero del Acuerdo del Pleno de 26 de abril de 2018 del siguiente tenor literal:

*QUINTO. Continuar el trámite de resolución contractual por posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos.*

*No se vulnera con ello la presunción de inocencia de la contratista, el peligro de lesión al interés público es cierto e inminente, indistintamente a la situación procesal penal de la contratista.*

*No procede en este momento la calificación como culpable o no de la resolución contractual, en tanto se produzca el pronunciamiento judicial del Tribunal Penal, derivado de las Diligencias Previas 85/2014 impulsadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional”.*

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 Valdemoro, a solicitud de su alcalde, remitido a través del entonces consejero de Medio Ambiente, Administración Local y Ordenación del Territorio, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.3.c) del ROFCA.

Así pues, entiende esta Comisión Jurídica Asesora que no se ha sometido a dictamen de este órgano consultivo la revisión de oficio del acuerdo de adjudicación del contrato, procedimiento suspendido por la existencia de prejudicialidad penal, que obviaría, cualquier pronunciamiento sobre el fondo. No obstante, sorprende el tiempo transcurrido desde que el Ayuntamiento de Valdemoro tuvo conocimiento del inicio de diligencias penales (noviembre de 2014) y la adopción del acuerdo de inicio del expediente de revisión de oficio (abril de 2018), ya

que en la inmensa mayoría de los casos, el proceso administrativo discurre en paralelo, o incluso ha comenzado con anterioridad al proceso penal.

**SEGUNDA.-** Con carácter previo conviene determinar el régimen jurídico aplicable a la resolución del contrato.

Adjudicado el contrato cuya resolución se pretende el 5 de diciembre de 2013, resulta de aplicación a los aspectos de fondo, el TRLCSP puesto que de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a su entrada en vigor se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Por lo que se refiere al procedimiento de resolución contractual, habrá que estar a lo dispuesto en la normativa vigente en el momento de su inicio, en el caso que nos ocupa, en virtud del Acuerdo del Pleno de 13 de abril de 2018, lo que supone la aplicación de la ya citada Ley 9/2017, que entró en vigor el 9 de marzo de 2018 conforme a lo dispuesto en su disposición final decimosexta.

Además, ante la falta de desarrollo reglamentario en el aspecto objeto de estudio de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse lo dispuesto en el artículo 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), referido específicamente al “*procedimiento para la resolución de los contratos*”.

La resolución de contratos administrativos exige atenerse a lo previsto en el artículo 210 TRLCSP, a cuyo tenor “*dentro de los límites y*

*con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, (...) acordar su resolución y determinar los efectos de ésta”.*

La competencia para acordar el inicio del expediente de resolución del contrato corresponde al órgano de contratación, en este caso, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Valdemoro.

El artículo 211.1 TRLCSP requiere que en el correspondiente expediente se dé audiencia al contratista. Además debe tenerse en cuenta el artículo 109 del RGCAP, que exige la audiencia al avalista o asegurador *“si se propone la incautación de la garantía”.*

De conformidad con el apartado tercero artículo 211 TRLCSP, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista, como es el caso.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de Régimen Local (en adelante, TRRL), establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación.

En el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora, inmediatamente después del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valdemoro de 13 de abril de 2018, se ha procedido a dar audiencia a la empresa contratista y se ha comunicado al Juzgado Central de Instrucción nº 6, Diligencias Previas 85/2014. No se ha dado audiencia al avalista y no figuran informes de servicios técnicos municipales.

Con posterioridad al trámite de audiencia se ha incorporado al procedimiento el informe de la Secretaría General municipal de fecha 26 de abril de 2018 y se ha aprobado por el Pleno el acuerdo de 26 de abril de 2018 con el contenido que se expresa en antecedentes y en el que consta su comunicación que no su recepción por el contratista.

Según reiterada doctrina de esta Comisión Jurídica Asesora, contenida entre otros en su Dictamen 61/16, de 5 de mayo, el trámite de audiencia 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 y generan indefensión al contratista 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, como es el caso que nos ocupa, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento (dictámenes 97/16 de 12 de mayo, 332/16 de 21 de julio, 397/16 de 8 de septiembre y 516/16 de 17 de noviembre, entre otros).

En el expediente no consta el informe de la Intervención municipal por lo que dicha irregularidad en el procedimiento, aun no invalidante del mismo, deberá ser subsanada con carácter previo a la resolución del contrato ya que, en definitiva, los trámites administrativos se establecen como garantía de la actuación de las Administraciones Públicas.

No se ha dado trámite de audiencia al avalista puesto que la propuesta no propone la incautación de la garantía sino la incoación de un procedimiento que habrá de ser contradictorio y será en dicho procedimiento en el que se dilucidará si procede dicha incautación y en el que habrá de oírse al avalista.

En relación con el plazo en el que debe resolverse el expediente contradictorio de resolución del contrato, puesto que la legislación de contratos no establece un plazo específico, hay que acudir a la normativa reguladora del procedimiento administrativo. En el presente caso, dado que el expediente se inició el 13 de abril de 2018, tras la entrada de vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), resulta de aplicación el plazo general de ocho meses previsto en su artículo 21.3 de la Ley 39/2015, a contar desde el acuerdo de inicio del expediente.

No obstante, el rigor temporal que supone la necesidad de tramitar estos procedimientos en el plazo de tres meses, puede verse atemperado por la suspensión del procedimiento para la solicitud de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución –como es el informe de la Comisión Jurídica Asesora- por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe, tal y como establece el artículo 22.1.d) de la LPAC, que exige la comunicación a los interesados, no solamente de la solicitud de informes, sino también de la recepción de los mismos.

En el caso que nos ocupa el inicio del expediente de resolución contractual tuvo lugar por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Valdemoro, el 13 de abril de 2018, según acredita el certificado del secretario general del municipio y se encuentra suspendido tal y como se acordó por el Pleno municipal el 26 de abril de 2018, por lo que a la fecha de emisión del presente dictamen, el procedimiento no se encuentra caducado.

Por último, en relación con la propuesta de resolución, este órgano consultivo ha declarado en diversos dictámenes, entre ellos, Dictamen 365/17, de 14 de septiembre, que la propuesta de resolución debe recoger motivadamente la posición de la Administración y contrastarla con la

oposición del contratista que motiva la remisión para dictamen, para no causar indefensión al contratista.

La propuesta de resolución incorporada al presente expediente, sin antecedentes ni fundamentación alguna, se limitaba a reproducir textualmente la propuesta de resolución contenida en el informe de la secretaria municipal de 26 de abril de 2018. A requerimiento de esta Comisión Jurídica Asesora, y lejos de redactarse nueva propuesta de resolución completa, el secretario general en escrito de 31 de mayo de 2018 se limita a informar que *“nuestra solicitud de dictamen se refiere a la posibilidad de resolución contractual por aplicación del artículo 223. g. del TRLCSP, por posible lesión al interés público, ante la oposición del contratista a la misma”*, y a reiterar el contenido de los acuerdos del Pleno de 13 y 26 de abril de 2018.

**TERCERA.-** Una vez examinado el procedimiento, debemos analizar si concurre o no causa de resolución del contrato.

Según resulta del expediente, el Ayuntamiento de Valdemoro invoca para la resolución del contrato la causa prevista en el artículo 223, g) del TRLCSP con arreglo al cual son causas de resolución *“la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”*, motivado en *“la posibilidad de que el mismo haya sido dictado como consecuencia de ilícitos penales, tal como se detalla en las Diligencias Previas 85/2014 del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional”*, y con apoyo en el Dictamen del Consejo de Estado 111/2016, de 21 de abril”.

Si bien, tal y como señaló esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 365/17, de 14 de septiembre, ciertamente iría en contra del

interés público la ejecución de un contrato ilícitamente adjudicado, dicha premisa, está pendiente de resolución en vía penal y mientras que no haya un pronunciamiento judicial firme que así lo determine no podría fundamentar la resolución del contrato puesto que se estaría conculcando el derecho a la presunción de inocencia establecido en el artículo 24 de la Constitución Española.

Respecto al invocado supuesto que se enjuiciaba en el Dictamen 111/2016 del Consejo de Estado, se observan diferencias respecto a la propuesta de resolución que formula el Ayuntamiento de Valdemoro, puesto que el objeto del dictamen era un procedimiento de resolución del contrato instado por el contratista por impago de la Administración en el que se concluía que no era posible resolver el contrato por esa causa puesto que el impago de facturas por la Administración derivaba de la suspensión del contrato como consecuencia de la revisión de oficio. Concluía el dictamen que, existía una voluntad concurrente de la entidad local y de la adjudicataria en desvincularse del contrato, y que las razones de interés público que dieron lugar a la adjudicación del contrato ya no existían porque la Administración pretendía revisar la adjudicación del contrato -que estaba suspendido-, y también el contratista reclamaba la resolución del contrato, por lo que instaba al Municipio a iniciar un expediente de resolución del contrato por la causa del artículo 223.g) del TRLCSP puesto que la permanencia del contrato podía producir una lesión grave en el interés público ya que en el procedimiento penal que se seguía había indicios de pago de comisiones en las facturas y, por otro lado, la Administración Local había de seguir prestando los servicios públicos objeto del contrato.

En el caso que nos ocupa, lo cierto es que sobre la ejecución de este contrato pende un procedimiento penal, como en el caso dictaminado por el Consejo de Estado en el dictamen 111/2016), y la sentencia que en su día se dicte, podría dar lugar a la nulidad de su adjudicación, con los

efectos *ex tunc* que llevaría aparejada; ahora bien, aun teniendo conocimiento el Ayuntamiento de Valdemoro en noviembre de 2014 de las Diligencias Previas 85/2014 que se seguían en el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de Madrid, el alcalde del Ayuntamiento de Valdemoro alcanzó un acuerdo con la contratista en septiembre de 2015 en virtud del cual, las partes firmantes se obligaban a mantener la vigencia del contrato, y el Ayuntamiento de Valdemoro, a hacer efectiva la deuda pendiente con la contratista y a abonar la facturación del contrato desde el 1 de junio de 2015, renunciando Cofely a exigir intereses de demora de las facturas incluidas en el acuerdo.

En esta tesitura, decae la premisa del Ayuntamiento de Valdemoro, de la imposibilidad de ejecución del contrato en los términos inicialmente pactados.

En cuanto a la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados, tal como dijimos en nuestros Dictámenes 315/17 de 27 de julio y 365/17, de 14 de septiembre, se trata de 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).

De lo expuesto, se desprende que no puede resolverse el contrato por la causa alegada por el Ayuntamiento pues no son causas técnicas las que impiden la ejecución del contrato y tampoco por razones de interés público, cuando dichas razones no fueron tenidas en cuenta por el Ayuntamiento de Valdemoro cuando alcanzó con la contratista el acuerdo de 9 de septiembre de 2015, aun a sabiendas del inicio de diligencias penales por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional.

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

## CONCLUSIÓN

No procede la resolución del contrato por la causa del artículo 223.g) del TRLCSP, sin perjuicio de la incidencia del pronunciamiento judicial firme que determine si ha habido adjudicación ilegal del contrato, en cuyo caso el contrato estaría viciado de nulidad con los efectos *ex tunc* que de ello se derivarían.

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 21 de junio de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 282/18

Sr. Alcalde de Valdemoro

Pza. de la Constitución, 11 – 28340 Valdemor