

Dictamen n.º: **683/23**
Consulta: **Alcalde de Villaviciosa de Odón**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **21.12.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión del día 21 de diciembre de 2023, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Villanueva de la Cañada, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre resolución del contrato suscrito por ese ayuntamiento para la prestación del servicio de redacción de proyecto, dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de las obras de sustitución a tecnología LED de las instalaciones de alumbrado exterior para la mejora de la eficiencia energética en el municipio, adjudicado a la empresa GESTIÓN INTEGRAL DEL SUELO, S.L. (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 29 de noviembre de 2023 tuvo entrada en este órgano consultivo una solicitud de dictamen formulada por el alcalde de Villanueva de la Cañada, relativa al expediente de resolución del contrato referido en el encabezamiento.

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

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Villanueva de la Cañada de 18 de enero de 2017 se aprobó el expediente de contratación para la adjudicación mediante procedimiento abierto del contrato de servicios cuyo objeto es la redacción de proyecto, dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de las obras de sustitución a tecnología LED de las instalaciones de alumbrado exterior para la mejora de la eficiencia energética en el municipio.

El citado contrato era objeto de la línea de ayuda abierta por el Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE), dentro del programa de ayudas para la renovación de las instalaciones de alumbrado municipal, de acuerdo con las bases aprobadas por Resolución de 24 de marzo de 2015, del Consejo de Administración del citado Instituto (BOE de 5-5-2015), resultando el Ayuntamiento de Villanueva de la Cañada beneficiario de esa ayuda.

El contrato fue adjudicado el 8 de marzo de 2017 a la empresa Gestión Integral del Suelo, S.L., por un importe de 28.865,76 €, IVA incluido, procediéndose a su formalización el 10 de marzo posterior.

El plazo de ejecución del contrato se establece en cinco semanas para la redacción y entrega del proyecto y los trabajos de dirección de obra y coordinación de seguridad y salud, que comenzará con la adjudicación del contrato de ejecución de obras y terminará con la finalización de las garantías de dichas obras.

Con fecha 22 de marzo de 2018, se suscribe el contrato de ejecución las obras de sustitución a tecnología LED de las instalaciones de alumbrado exterior para la mejora de la eficiencia energética en el municipio con un plazo de ejecución de cuatro meses contados a partir del día siguiente a la firma del acta de comprobación del replanteo.

Con fecha 14 de diciembre de 2021 se firmó el acta de recepción de las obras, indicándose en la misma que las obras han sido ejecutadas y finalizadas conforme al contrato y que el incumplimiento del Real Decreto 1890/2008 sobre el Reglamento de Eficiencia Energética en las instalaciones de alumbrado exterior y las ITC-EA en determinadas zonas y calles dentro del ámbito geográfico de la obra no es atribuible al cumplimiento del contrato de ejecución de las obras, comenzando en dicha fecha a contar el plazo de garantía de 5 años de las obras ejecutadas.

Con fecha 25 de enero de 2021, la adjudicataria del contrato de servicios reclama el abono de dos facturas que fue desestimada por Resolución de la Alcaldía, de fecha 23 de febrero del mismo año, de acuerdo con los informes Técnico y Jurídico emitidos en fechas 10 y 23 de febrero de 2021, por los que se concluye que en el ámbito de la urbanización El Castillo y Cerro de las Nieves, se ha podido comprobar que en algunas zonas y tramos viales, la distribución real de los puntos de luz existentes no se corresponden con la distribución de los puntos de luz considerados en los cálculos lumínicos del proyecto, diferencias que en algunos casos han llegado hasta los 20 m., quedando por tanto los niveles lumínicos por debajo de lo calculado en algunos tramos, no habiéndose contemplado además otros factores externos existentes con influencia real, como son el arbolado, las pendientes en algunos tramos de calles y sus cambios de rasante, defectos sumamente trascendentales en el cumplimiento del contrato de redacción de proyecto, motivado por el hecho de no haber llevado a cabo las correspondientes comprobaciones previas de campo antes del cálculo y desarrollo del proyecto y que tienen como consecuencia que en dicho ámbito no se cumpla el Real Decreto 1890/2008 sobre el Reglamento de Eficiencia Energética.

Igualmente, en el informe jurídico emitido por el secretario general, se pone de manifiesto que el hecho de que no se alcancen los niveles de iluminación del Real Decreto 1890/2008 ha supuesto un incumplimiento parcial de los compromisos asumidos por el ayuntamiento frente al IDAE al aceptar la ayuda, teniendo como consecuencia la revocación parcial de la misma debiendo reintegrar al citado organismo la parte correspondiente al préstamo concedido en la parte de la obra ejecutada que no cumple.

El 27 de enero de 2022 y amparándose en el hecho de haberse recepcionado las obras, la adjudicataria del contrato de servicios, reitera nuevamente la reclamación del abono de las facturas pendientes, procediendo a inadmitirse la misma mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia de fecha 22 de febrero de 2022, por carecer de fundamentación, al ser reiteración de la anterior reclamación y concurrir los mismos presupuestos para su denegación, acordándose en el citado decreto el inicio de los trámites para exigir la responsabilidad de la adjudicataria por los daños ocasionados a ese ayuntamiento dados los errores contenidos en el proyecto redactado. La inadmisión fue confirmada por Sentencia 301/2023, de 6 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 24, de Madrid.

Con fecha 10 de abril del 2023, la Concejalía de Economía y Hacienda y Contratación requiere a la adjudicataria para que en el plazo máximo de un mes proceda a subsanar los defectos de que adolece en proyecto redactado en cuanto a las zonas afectadas, en tanto en cuanto la Concejalía de Obras e Infraestructuras ha da dar una solución lumínica a las zonas afectadas por el error cometido en la elaboración del Proyecto. El requerimiento es contestado por la adjudicataria mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2023, en el que aduce que los errores que se le imputan derivan del contenido del documento de auditoría realizado en el año 2015, que servía de base

de partida para la redacción del proyecto, solicitando que se deje sin efecto el requerimiento de subsanación efectuado.

Mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia de fecha 16 de junio del año en curso, se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 223. i) en relación con el artículo 310.3 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, por incumplimiento del contratista de la obligación de subsanar el proyecto redactado, con incautación de la garantía definitiva depositada en la Tesorería de ese ayuntamiento en fecha 3 de marzo de 2017, por importe de 1.192,80 €, así como con la obligación de abonar a ese ayuntamiento una indemnización equivalente al 25 % del precio del contrato. Todo ello sin perjuicio de la liquidación y valoración, en su caso, del resto de daños y perjuicios causados que proceda una vez se acuerde la resolución del contrato. El citado acuerdo fue notificado a la interesada, así como a la avalista en fechas 19 y 21 de junio de 2023 respectivamente, concediéndoles trámite de audiencia por plazo de diez días naturales.

Con fecha 23 de julio de 2023, la adjudicataria presenta escrito de alegaciones, por el que se opone a la resolución del contrato reiterando nuevamente que el error en el proyecto no le resulta imputable por cuanto el mismo deriva del documento de auditoría energética de las instalaciones de alumbrado público exterior realizado en noviembre de 2015 que debía servir de base para la elaboración del proyecto. No consta que la avalista presentara alegaciones.

Con fecha 24 de julio de 2023 se emite informe propuesta del secretario general sobre la procedencia de la resolución.

Solicitado con fecha 26 de julio informe a la Intervención municipal, este órgano contesta el 14 de noviembre diciendo que

entiende que no procede en esta fase del procedimiento la emisión de informe de fiscalización en tanto en cuanto, además de no tener en este caso repercusión económica para el ayuntamiento de la que derive la autorización, disposición y reconocimiento de un gasto, se requeriría que constara en el expediente el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

Con fecha 16 de noviembre de 2023 el concejal de Economía, Hacienda y Contratación formula propuesta de resolución del contrato.

El alcalde, con fecha 20 de noviembre, acuerda solicitar el dictamen de esta Comisión con suspensión del plazo para resolver el procedimiento, lo que es notificado a la adjudicataria y su avalista el día posterior.

TERCERO.- La preceptiva consulta es formulada, con fecha de entrada en esta Comisión el 29 de noviembre de 2023, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en su sesión de 21 de diciembre de 2023.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha realizado al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) d. de la Ley 7/2015, al tratarse de un expediente relativo a la resolución de un contrato administrativo, solicitada a través del órgano legitimado para ello en virtud de lo

dispuesto en el artículo 18.3 c) 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 (ROFCJA).

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

SEGUNDA.- El contrato cuya resolución se pretende se adjudicó el 8 de marzo de 2017. Así, la disposición transitoria primera. 2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP/17): *“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley 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 resulta de aplicación, en cuanto al fondo del asunto, el TRLCSP por ser la normativa vigente en el momento de la adjudicación,

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, lo que supone la aplicación de la LCSP/17.

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

Por lo que se refiere al ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes

en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL) aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, establece como necesarios los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (cfr. artículo 114.3 del TRRL). En el presente caso, se han recabado ambos informes.

Por lo que respecta al procedimiento, el artículo 191.1 de la LCSP/17 y 109.1.a) del RGLCAP, prevén que concluida la instrucción se dé audiencia al contratista y al avalista, trámite que se ha efectuado en el procedimiento que nos ocupa y en el que la adjudicataria ha formulado alegaciones oponiéndose a la resolución en los términos propuestos por el órgano de contratación. Este trámite de audiencia se ha realizado sin dar traslado del informe emitido con posterioridad por la Intervención; sin embargo, el interventor se limita a señalar que no es precisa su fiscalización, por lo que no incorporara nuevos datos o valoraciones técnicas que causen indefensión al interesado.

En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio bajo la vigencia de la LCSP/17, su artículo 212.8 establece el plazo de ocho meses. No obstante, cabe recordar que el Tribunal Constitucional en su Sentencia 68/2021, de 18 de marzo, ha considerado inconstitucional el carácter básico dado a ese precepto, por lo que no es aplicable a las comunidades autónomas ni a las entidades locales. Por ello, a falta de regulación específica, esta Comisión Jurídica Asesora atendía al plazo de tres meses previsto en el artículo 21 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Pues bien, no obstante lo anterior, la Ley 11/2022, de 21 de diciembre, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Actividad Económica y la Modernización de la Administración de la Comunidad de Madrid, ha establecido un plazo específico para el procedimiento de

resolución contractual, pues su artículo 31, bajo la rúbrica, *“Modificación de la Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos”*, establece que: *“La Ley 1/2001, de 29 de marzo, por la que se establece la duración máxima y el régimen de silencio administrativo de determinados procedimientos, queda modificada como sigue...”*

Tres. Se introduce un nuevo epígrafe en el apartado 3 del Anexo, que será el apartado 3.9 con la siguiente redacción: «3.9. Expedientes de resolución contractual que se rijan por la legislación sobre contratos públicos. Ocho meses. Caducidad (iniciados de oficio). Desestimatorio (iniciados a instancia del contratista)».

En el expediente que nos ocupa, mediante Decreto de la Alcaldía-Presidencia de fecha 16 de junio del presente año, se acuerda el inicio del procedimiento de resolución del contrato, habiéndose acordado la suspensión durante tres meses para la emisión del informe de la Intervención y para la emisión del presente dictamen, acuerdos de suspensión debidamente notificados, por lo que no ha transcurrido el plazo legal fijado para su tramitación.

TERCERA.- La propuesta de resolución estima que procede la resolución contractual al amparo del artículo 310 del TRLCSP, conforme al cual *“cuando el contrato de servicios consista en la elaboración íntegra de un proyecto de obra, el órgano de contratación exigirá la subsanación por el contratista de los defectos, insuficiencias técnicas, errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios que le sean imputables, otorgándole al efecto el correspondiente plazo que no podrá exceder de dos meses. Añadiendo: “Si transcurrido este plazo las deficiencias no hubiesen sido corregidas, la Administración podrá, atendiendo a las circunstancias concurrentes,*

optar por la resolución del contrato o por conceder un nuevo plazo al contratista”.

De acuerdo con los informes obrantes en el expediente que se recogen en el acuerdo de inicio del procedimiento y en la propuesta de resolución nos encontramos ante un supuesto claro de error en la redacción del proyecto de las obras, que ha ocasionado unos claros perjuicios al ayuntamiento, consistentes en que en se ha podido comprobar que, en algunas zonas y tramos viales, la distribución real de los puntos de luz existentes no se corresponden con la distribución de los puntos de luz considerados en los cálculos lumínicos del proyecto, diferencias que en algunos casos han llegado hasta los 20 m, quedando por tanto los niveles lumínicos por debajo de lo calculado en algunos tramos, no habiéndose contemplado además otros factores externos existentes con influencia real, como son el arbolado, las pendientes en algunos tramos de calles y sus cambios de rasante, defectos sumamente trascendentales en el cumplimiento del contrato de redacción de proyecto, motivado por el hecho de que por parte de la adjudicataria no se han llevado a cabo las correspondientes comprobaciones previas de campo antes del cálculo y desarrollo del proyecto y que han tenido como consecuencia que en dicho ámbito, el proyecto redactado no cumpla el Real Decreto 1890/2008 sobre el Reglamento de Eficiencia Energética y por tanto se haya incumplido el objeto del contrato.

La contratista no contradice la existencia de errores, pero los atribuye al documento de Auditoría Energética de las Instalaciones de Alumbrado Público Exterior realizado en noviembre de 2015, que servía de base al proyecto.

Para resolver la cuestión que se plantea, debe partirse del artículo 305 del TRLCSP que determina respecto a la ejecución de los contratos de servicio que el contrato *“se ejecutarán con sujeción a lo establecido*

en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación.

2. El contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato”.

Efectivamente, en el pliego de prescripciones técnicas se recoge la citada auditoria energética como documento base siendo sus datos punto de partida para la redacción del proyecto y como tal se anexaba al pliego de prescripciones técnicas. No obstante, como bien se dice en la propuesta, también el pliego exigía que el proyecto debía cumplir el Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior y sus instrucciones Técnicas complementarias EA-01 a EA 07 y la Guía técnica en eficiencia en iluminación, debiendo recoger en el mismo cada uno de los elementos afectados y contener, entre otros datos, los cálculos eléctricos, luminotécnicos y mediciones.

También resulta procedente traer a colación que en la memoria técnica presentada por la adjudicataria para participar en la licitación del contrato, es decir en su propia oferta, en su apartado 2.2.2 se contemplaba expresamente lo siguiente: *“Obtención de datos- Comprobación datos de auditoría. Una vez conocidos los antecedentes administrativos, y en especial el límite exacto del ámbito de actuación, se procederá a realizar un estudio exhaustivo en campo de los datos recogidos en la auditoría energética que se pueden utilizar o no para el proyecto de construcción además de la localización de todos los elementos que puedan verse afectados por las obras o que identifiquen elementos enterrados no visibles.*

Replanteo del trazado previsto.

Al mismo tiempo de la comprobación de datos en campo se replantearán los ejes de los viarios con luminarias afectadas, para permitir la posterior definición precisa de los mismos en la fase de redacción del proyecto de construcción”.

De lo expuesto bien cabe deducir que hubo por parte del contratista una omisión de sus obligaciones al no realizar el estudio de los datos ni comprobar si los mismos podían ser utilizados o no, sin que por ello sea admisible escudarse en esos datos de auditoria previa para para justificar los errores en su proyecto, en tanto existía el compromiso explícito de su comprobación.

Esas deficiencias en los cálculos en ningún momento han sido subsanadas ni se han dado soluciones por el contratista, lo que ha tenido consecuencias relevantes para la administración municipal adjudicadora, al haber perdido parcialmente las ayudas concedidas por el IDAE para la ejecución de las obras, lo que, en su caso, podrá dar lugar a la exigencia de daños y perjuicios conforme al artículo 312 del TRLCSP, en el que se dispone: *“el contratista responderá de los daños y perjuicios que durante la ejecución o explotación de las obras se causen tanto a la Administración como a terceros, por defectos e insuficiencias técnicas del proyecto o por los errores materiales, omisiones e infracciones de preceptos legales o reglamentarios en que el mismo haya incurrido, imputables a aquél”.*

Lo expuesto hace procedente la aplicación del transcrito artículo 310 del TRLCSP y, por ende, la resolución del contrato por culpa del contratista,

CUARTA.- Vista la procedencia de la resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, debemos analizar seguidamente los efectos que se siguen de esta resolución.

Con carácter general, el artículo 225.3 del TRLCSP, establecía lo siguiente: *“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”*.

Por su parte, el artículo 310 TRLCSP, en su apartado 3, prevé como consecuencia de la resolución del contrato de servicios de elaboración de proyectos, lo siguiente: *“procederá la incautación de la garantía y el contratista incurrirá en la obligación de abonar a la Administración una indemnización equivalente al 25 por 100 del precio del contrato”*, todo ello sin perjuicio de la determinación, en su caso, en procedimiento aparte, de los daños y perjuicios adicionales que se hayan podido derivar de los errores en el proyecto.

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato del servicio de redacción del proyecto, dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de las obras de sustitución a tecnología LED de las instalaciones de alumbrado exterior para la mejora de la eficiencia energética del municipio de Villanueva de la Cañada con los efectos recogidos en la propuesta de resolución.

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 diciembre de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 683/23

Sr. Alcalde de Villaviciosa de Odón

Pza. de la Constitución, 1 – 28670 Villaviciosa de Odón