

Dictamen nº: **199/22**
Consulta: **Alcalde de Torrelodones**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **05.04.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de abril de 2022, emitido ante la consulta formulada por el alcalde de Torrelodones, a través del consejero de Administración Local y Digitalización, 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 de energía eléctrica de consumo en media y baja tensión para el alumbrado público, dependencias, colegios y otros del Ayuntamiento de Torrelodones (Lote 2: Suministro de energía eléctrica tarifas 3.0A y 31.A), suscrito entre este ayuntamiento y la mercantil ON DEMAND FACILITIES, S.L.U. (ODEF), (en adelante, “*la adjudicataria*” o “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 17 de marzo de 2022 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 Torrelodones en relación con la resolución del contrato citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 156/22, 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, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, 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 5 de abril de 2022.

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

1. La Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Torrelodones, en sesión celebrada el día 4 de noviembre de 2019, acordó:

“1º.- Declarar de tramitación ordinaria el expediente de contratación para el contrato de suministro de energía eléctrica, con un presupuesto base de licitación de 1.333.140,37€, IVA incluido.

2º.- Adjudicar el contrato por procedimiento abierto mediante criterio único.

3º.- Aprobar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que habrán de regir el contrato...”.

El día 22 de noviembre de 2019 se publicó el anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación de Sector Público.

La mesa de contratación formuló propuesta de adjudicación el 6 de febrero de 2020, correspondiente al lote 2, en favor de la empresa ON DEMAND FACILITIES, S.L.

Con fecha 24 de febrero de 2020, la Junta de Gobierno Local acordó adjudicar el contrato de suministro de energía eléctrica (Lote 2: Suministro de energía eléctrica tarifas 3.0A y 31.A) a la empresa ON DEMAND FACILITIES, S.L.U. (ODF) por un periodo de 2 años, prorrogable anualmente hasta un máximo de 2 años más, formalizándose el contrato el 15 de mayo de 2020.

El importe de adjudicación del lote 2 del contrato es conforme al siguiente desglose de precios:

Término fijo: (precios regulados, incluye término de potencia, peajes de acceso, alquiler de equipos de medida y consumos de energía reactiva) Hasta la entrada en vigor de los peajes de electricidad que fije la CNMC, serán de aplicación los precios de los peajes de acceso establecidos en el artículo 2 de la Orden TEC/1366/2018, de 20 de diciembre

Término variable: TARIFA 3.0 A: 0,104399 0,090633 0,069408

TARIFA 3.1 A; 0,091484 0,085588 0,067532

Impuestos electricidad. IVA no incluido.

2.- El 2 de diciembre de 2021 la adjudicataria presenta escrito, comunicando lo siguiente:

“...desde el pasado día 19 de octubre su suministradora eléctrica... se encuentra inmersa en un procedimiento de inhabilitación para comercialización de energía iniciado por el Ministerio para la Transición Ecológica, y que puede conllevar el cese definitivo de la actividad de la compañía a corto plazo. El referido procedimiento de inhabilitación conlleva la imposición de una serie de medidas cautelares de obligatorio cumplimiento adoptadas por el Ministerio, entre las que se encuentra la imposibilidad de tener acceso a las bases de datos de

puntos de suministro reguladas en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002 o tramitar nuevas altas, lo que impide que ODF pueda continuar con su operativa habitual.

Así mismo, el procedimiento referido, en caso de que finalmente se produzca la inhabilitación, comprende el traspaso de todos nuestros clientes a un comercializador de referencia a fin de evitar que se vean privados de suministro, en cuyo caso, serán facturados conforme a la tarifa de último recurso.

Desde el pasado 28 de octubre, fecha de publicación del inicio del procedimiento en el Boletín Oficial del Estado, ODF Energía ha solicitado hasta en tres ocasiones al Ministerio el alzamiento de las medidas adoptadas, entretanto tratamos de obtener la financiación necesaria para continuar haciendo frente al pago de los peajes pendientes.

Habiendo transcurrido más de un mes desde la fecha de inicio del expediente sin que la situación haya sufrido variación, a fecha de hoy ODF no puede en modo alguno asegurar su subsistencia como empresa comercializadora, ni garantizar que los Código Universales de Punto de Suministro (CUPS) suministrados por esta compañía no sean traspasados a los comercializadores de referencia llegado el momento.

A la vista de esta indeseable situación, lamentablemente solo nos queda proponerles la posibilidad de que resuelvan los contratos de suministro con ODF realizando el correspondiente cambio de comercializador, de forma que pasen a ser suministrados con precios más competitivos que los que le están siendo aplicados conforme a la tarifa de último recurso. Esta opción es la que ha sido adoptada por otras administraciones públicas y organismos cuyos contratos habían sido adjudicados en virtud de Acuerdos Marco y licitaciones y que se encuentran en idéntica situación...”.

Consta en el expediente (folios 292 a 303) el Acuerdo firmado el 19 de octubre de 2021 por la vicepresidenta tercera del Gobierno y ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico en el que, entre otras determinaciones, se hace constar:

“...cabe concluir que la empresa ON DEMAND FACILITIES, S.L.U. incumple el requisito de capacidad económica de la empresa relativos al pago de los peajes de acceso a la red, requisitos exigido en el artículo 73 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, para ejercer la actividad de comercialización.

En caso de que un comercializador incumpla alguno de los requisitos exigidos para el ejercicio de su actividad, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, establece en su artículo 47.2, que el órgano competente del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico podrá, previa la tramitación de un procedimiento en el que se garantice la audiencia al interesado, declarar la extinción de la habilitación para actuar como comercializador durante el plazo máximo de un año.

... En el presente caso, y de la documentación recibida, parece deducirse claramente el incumplimiento por parte de ON DEMAND FACILITIES, S.L.U. del requisito legalmente establecido para el ejercicio de la actividad de comercialización de pago de los peajes de acceso a la red a las empresas distribuidoras.

En el presente caso, se dan todos los requisitos legales para la adopción de medidas cautelares, y a la vista de los incumplimientos, se hace imprescindible asegurar la eficacia de la orden que, en su caso y tras la debida tramitación, pueda adoptarse...”.

En consecuencia, el acuerdo adopta las siguientes medidas cautelares para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer:

“a) Prohibir el traspaso de los clientes suministrados por ON DEMAND FACILITIES, S.L.U. a cualquier otra empresa del mismo grupo empresarial o a empresas vinculadas a la misma. A estos efectos, podrán considerarse empresas vinculadas, entre otras, las que posean o hayan poseído mismo administrador.

b) Prohibir que las empresas distribuidoras tramiten nuevas altas de clientes o cambios de comercializador en favor de ON DEMAND FACILITIES, S.L.U.

c) Suspender el derecho de ON DEMAND FACILITIES, S.L.U. y de sus representantes a tener acceso a las bases de datos de puntos de suministro reguladas en el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión.

d) Suspender el derecho de ON DEMAND FACILITIES, S.L.U. y de sus representantes a obtener la información relativa a cambios de comercializador de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como cualquier dato de los consumidores.

e) El comparador de ofertas gestionado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no mostrará ofertas de ON DEMAND FACILITIES, S.L.U.

Todas estas medidas cautelares estarán vigentes durante la sustanciación de este procedimiento...”.

3. Con fecha 13 de diciembre de 2021, se emite informe por el técnico municipal de Urbanismo en relación con la suspensión unilateral del contrato por la adjudicataria, señalando que dicha suspensión origina una serie de perjuicios económicos imposible de valorar con precisión, ya que dependerá del consumo real final de los CUPS contratados con esta

empresa, de los precios a los que se contrate y de los recargos transitorios, pero que cabe estimarlos en la cantidad de 284.000 euros, correspondiente al producto de los 2.356.000 kwh de consumo previsto en los CUPS correspondientes a las antiguas tarifas 3.0 y 3.1, por los 0,17 €/kwh de diferencia entre el precio medio contratado con ODF, S.L. y el precio medio de la tarifa de último recurso o de referencia, aplicando el recargo correspondiente y el IVA vigente.

El informe indica que la facturación a través de una compañía comercializadora de referencia lleva un recargo del 20%, en tanto en cuanto no se realice una contratación formal con cualquiera de estas compañías u otra del mercado liberalizado de energía.

De igual modo, el informe recoge que “*la situación creada por la renuncia del contrato de esta empresa es muy gravosa para esta Administración, ya que obliga a la celebración urgente de una nueva licitación para la adquisición de energía eléctrica. Los plazos para culminar un contrato de estas características, con regulación armonizada, difícilmente serán inferiores a seis meses de duración. Durante este tiempo no se interrumpirá el suministro de energía que, como bien indica la empresa en su escrito, se realizará a través de una compañía comercializadora de referencia a las tarifas denominadas “de último recurso” a los precios regulados por el Gobierno que, además de ser más elevadas que las contratadas con ODF, S.L., no aplican discriminación horaria y tendrán, como ya hemos comentado, un recargo disuasorio del 20% hasta que no se formalicen los nuevos contratos. Entendemos que el contratista ha incumplido los plazos establecidos en el contrato al desistir unilateralmente del mismo con una antelación de 180 días respecto de la fecha de su vencimiento*”.

Por último, el técnico informante concluye que la consecuencia de todo ello, a tenor de lo estipulado en el artículo 213 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), debe ser la incautación de la garantía, además del deber de indemnizar a esta administración por los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado en lo que excede del importe de la garantía, cuyo importe final reconoce que no se puede conocer en ese momento debido a la volatilidad del mercado y la incertidumbre del consumo eléctrico final de cada CUPS.

El 5 de enero de 2022 se emite informe por la Intervención Municipal, en el que resalta que se produce, de hecho, el incumplimiento de la obligación principal del contrato, de modo que, conforme al artículo 197 de la LCSP/17, “*cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada, recordando que, la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista*”, debiendo acordarse la resolución por el órgano de contratación. Además, el informe recuerda que, al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por la causa citada, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación de un nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución y se aplicará la tramitación de urgencia al procedimiento.

4. Con fecha 10 de enero de 2022, emite informe el vicesecretario del ayuntamiento, refiriendo que, tratándose de un suministro esencial para la adecuada prestación de los servicios públicos municipales, en ningún caso puede admitirse que concurran las notas de innecesariedad o inconveniencia que exige la norma para la resolución por mutuo acuerdo.

Según el informe, el art. 211.2 de la LCSP/17 establece que, en los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la

extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo y, además, en aplicación del artículo 113 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar este se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada, previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración. El escrito recoge que obra en el expediente administrativo valoración del responsable del contrato de la indemnización que debería cubrir el contratista a la Administración municipal por importe de 284.000 euros, correspondientes a los lotes 1 y 2 del contrato.

En consecuencia, el informe recoge el contenido del artículo 109 del RGLCAP, vigente en todo aquello que no contravenga lo previsto en el marco normativo impuesto por la LCSP/17, en relación con la competencia y los trámites para acordar la resolución del contrato, trámites e informes preceptivos que se considerarán de urgencia y gozarán de preferencia para su despacho por el órgano correspondiente, y concluye que “*a juicio de esta Vicesecretaría, procede incoar el expediente administrativo para la resolución del contrato administrativo de suministro de energía eléctrica de consumo en media y baja tensión para el alumbrado público, dependencias, colegios y otros del Ayuntamiento de Torrelodones (Lote 1: Suministro de energía eléctrica tarifas 3.0A y 31.A) entre la mercantil ON DEMAND FACILITIES, S.L.U. y el Ayuntamiento de Torrelodones, por la siguiente causa imputable al contratista: incumplimiento de la obligación principal del contrato. No habiéndose constituido garantía definitiva, procede fijar una indemnización en favor de esta Administración valorada en 284.000 euros, por los mayores gastos que derivan de dicha resolución*”.

TERCERO.- 1. El 11 de enero de 2022 la Alcaldía de Torrelodones dicta la Resolución 52/2022, por la que se acuerda:

“1º.- Incoar el expediente administrativo para la resolución del contrato administrativo de suministro de energía eléctrica de consumo en media y baja tensión para el alumbrado público, dependencias, colegios y otros del Ayuntamiento de Torrelodones (Lote 2: Suministro de energía eléctrica tarifas 3.0A y 31.A) entre la mercantil ON DEMAND FACILITIES, S.L.U. y el Ayuntamiento de Torrelodones, por la siguiente causa imputable al contratista: incumplimiento de la obligación principal del contrato. No habiéndose constituido garantía definitiva, procede fijar una indemnización en favor de esta Administración valorada en 284.000 euros, por los mayores gastos que derivan de dicha resolución.

2º.- Conceder un plazo de audiencia de 10 días naturales a contar desde la recepción del presente, para que la empresa ON DEMAND FACILITIES, S.L.U. efectúen las alegaciones que estimen pertinentes, trasladándole los informe técnicos que han servido de base para la presente resolución.

3º.- Dar cuenta de la presente resolución a la Junta de Gobierno Local, en la primera sesión que se celebre...”.

2. Consta en el expediente (folio 275) el justificante de acceso a la lectura de la documentación por parte de la entidad adjudicataria el 13 de enero de 2022.

El 1 de febrero de 2022 la contratista formula alegaciones, en las que se opone a la resolución del presente contrato y sostiene que ni procedió a suspender los servicios unilateralmente en ningún momento, ni mucho menos a incumplir ninguna de las prestaciones propias del contrato de suministro, continuando en todo momento con su obligación de prestar un suministro respetando los estándares de calidad y continuidad exigibles contractual y legalmente.

Refiere la adjudicataria que “*en ningún momento ODF resuelve el contrato de suministro ni suspende las prestaciones propias del mismo, únicamente INFORMA al Ayuntamiento de que, a la vista de las circunstancias, es posible que en un futuro próximo la compañía se vea obligada a cesar con su actividad, y pueda dar lugar a que los CUPS sean asumidos por la compañía comercializadora de último recurso...*”.

Afirma en su escrito que, ante esta comunicación de fecha 2 de diciembre, que únicamente tenía por objeto advertir con total transparencia al ayuntamiento de los riesgos inherentes al procedimiento de inhabilitación de ODF, es el propio ayuntamiento quien, sin previo aviso, opta por resolver el contrato de forma unilateral, lo que hace a fecha 31 de diciembre, sin que ODF en ningún momento hubiera suspendido las prestaciones de suministro eléctrico.

La entidad considera por ello que la incoación del presente procedimiento de resolución es improcedente, al haberse iniciado de forma extemporánea, una vez que el ayuntamiento ya había resuelto el contrato de forma unilateral el día 31 de diciembre, cambiando de compañía suministradora, pese a que ODF seguía cumpliendo de forma puntual y con la mayor diligencia las obligaciones propias del contrato.

Según la entidad, este tipo de comunicaciones se enviaron no solo al Ayuntamiento de Torrelodones, sino al propio organismo de contratación del Acuerdo Marco en cuestión, así como al resto de su cartera de clientes calificados como Administración Pública. Señala que, tras estas comunicaciones, una gran parte de los clientes optaron por asumir el riesgo y continuar siendo suministrados por la entidad, manteniéndose aún sus contratos vigentes actualmente, de modo que “*en ningún caso la apertura del expediente, el cual insistimos, se encuentra archivado a fecha de hoy, se debió a una situación excepcional de mercado y en ningún caso a una gestión temeraria de ODF, y mucho menos culpable... Desde la apertura*

del expediente, y hasta el día 31 de diciembre, fecha en la que este ayuntamiento opta por la inesperada y no comunicada resolución del contrato de suministro, ODF no registró ni una sola incidencia en sus prestaciones de suministro en ninguno de los CUPS afectados, cumpliendo con total diligencia todas las obligaciones derivadas del contrato”.

Por otra parte, la adjudicataria alega la ausencia del elemento objetivo, el incumplimiento de la obligación contractual y considera indeterminada y desproporcionada la indemnización que reclama la Administración municipal, de modo que concluye afirmando que “*consideramos que no procede el abono de indemnización alguna, por cuanto ha sido el propio ayuntamiento, el que de forma unilateral y sin previo aviso, ha procedido a la resolución del contrato, pese a que ODF ha cumplido en todo momento con sus obligaciones contractuales*”.

3. El 3 de marzo de 2022 el técnico municipal de Urbanismo emite informe (folios 305 a 307 del expediente), en el que rechaza las alegaciones formuladas por la empresa contratista, reiterando el contenido de la comunicación enviada por la entidad el 2 de diciembre de 2021 y afirmando que “*la situación puesta de manifiesto por ODF es muy clara y no da lugar a interpretaciones: la empresa no puede garantizar el suministro y propone (no informa, propone) inequívocamente resolver los contratos vigentes y el cambio de comercializador ya que ODF ni puede asegurar su subsistencia como empresa ni garantizar que dichos contratos sean traspasados a una comercializadora de referencia, en principio más cara y con recargos del 20%*”.

De igual modo, y en cuanto a la cuantía de la indemnización reclamada, el informante refiere que “*afortunadamente, el traspaso de los puntos de suministro se hizo en el último momento a través de un procedimiento de emergencia de cinco meses de duración, sin pasar por una comercializadora de último recurso, y evitando el recargo en la facturación. En estos momentos, tampoco podemos saber exactamente cuánto*

pagaremos de más, ya que depende del consumo, siempre variable, y de los tramos horarios donde este se produzca.

No obstante, partiendo de datos históricos, podemos estimar que el consumo contratado con ODF durante los meses de enero a mayo (ambos inclusive) y cuya comercialización nos hemos visto obligados a contratar con otra empresa asciende a 895.000 kwh y no a los 2.356.000 kwh errónea e inicialmente calculados por estos SSTT (este es el consumo estimado anual).

La diferencia del precio entre el kwh medio de la actual empresa suministradora IBERDROLA CLIENTES y el de ODF para las tarifas 3.0 contratadas es de 0,172967 euros. Por lo tanto, el perjuicio causado por ODF al Ayuntamiento de Torrelodones lo estimamos en un mínimo de 154.805 euros, cifra que indudablemente será objeto de revisión al alza con datos reales... ”.

4. Consta en el expediente el informe del vicesecretario municipal de 10 de marzo de 2022 en el que, tras el relato del procedimiento, de las alegaciones de la contratista y de la contestación del técnico municipal, se concluye que “*a juicio de esta Vicesecretaría, a la vista de los antecedentes e informes obrantes en el expediente, procede desestimar las alegaciones presentadas y acordar la resolución del contrato administrativo de suministro de energía eléctrica de consumo en media y baja tensión para el alumbrado público, dependencias, colegios y otros del Ayuntamiento de Torrelodones (Lote 2: Suministro de energía eléctrica tarifas 3.0A y 31.A) entre la mercantil ON DEMAND FACILITIES, S.L.U. y el Ayuntamiento de Torrelodones, por la siguiente causa imputable al contratista: incumplimiento de la obligación principal del contrato -art. 211.1 f) de la LCSP/ 17-*

No habiéndose constituido garantía definitiva, procede fijar una indemnización en favor de esta Administración, valorada en 154.805 euros, por los mayores gastos que derivan de dicha resolución -art. 213.3 LCSP-. No obstante, habiéndose formulado oposición del contratista, procede

solicitar con carácter previo informe a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid”.

De igual modo, consta el informe de la Intervención Municipal de 14 de marzo de 2022 (folios 311 y 312), también favorable a la resolución del contrato.

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 Torrelodones, a solicitud de su alcalde, remitido a través del consejero de Administración Local y Digitalización, 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 Torrelodones de 24 de febrero de 2020, por lo que resulta de aplicación al contrato la regulación material prevista en la LCSP/17, norma también aplicable al procedimiento de resolución contractual pues, como 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), 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 enero de 2022.

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 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, los artículos 190 y 212 de la LCSP/17 la atribuyen al órgano de contratación, que en este caso es el alcalde, a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición adicional segunda de la LCSP/17. En el presente supuesto, si bien el acuerdo de adjudicación del contrato proviene de la Junta de Gobierno local, en virtud de la delegación de competencias realizada por el alcalde de Torrelodones, el acuerdo de incoación del presente procedimiento de resolución contractual ya lo realiza la propia Alcaldía, aunque alude a una avocación de competencia que no es tal, pues ya es suya desde el inicio.

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 Torrelodones, 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). En el expediente administrativo remitido a esta Comisión Jurídica Asesora ha emitido informe la Vicesecretaría 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, si bien dicho informe ha sido emitido con posterioridad al trámite de audiencia, al que aludiremos a continuación.

En relación con la incorporación de informes después del trámite de audiencia, es doctrina reiterada de esta Comisión Jurídica Asesora (así el Dictamen 294/19, de 11 de julio, el Dictamen 397/16, de 8 de septiembre y el Dictamen 516/16, de 17 de noviembre, entre otros) que la audiencia a los interesados debe practicarse inmediatamente antes de dictar la propuesta de resolución, sin que puedan incorporarse con posterioridad informes que introduzcan hechos nuevos, de manera que si los informes citados añaden hechos nuevos o argumentan cuestiones nuevas para la resolución, generan indefensión al contratista y lo procedente es la retroacción del procedimiento. Sin embargo, cuando los informes no introducen cuestiones o hechos nuevos, aunque se hayan emitido con posterioridad al trámite de audiencia, no generan indefensión al contratista y, en consecuencia, no procede la retroacción del procedimiento.

Este era el criterio del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid que ha hecho suyo esta Comisión Jurídica Asesora en los citados dictámenes y que resulta corroborado por el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

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

Dado que el informe de la Intervención no introduce ningún hecho nuevo que pueda causar indefensión a la empresa adjudicataria, de acuerdo con la doctrina expuesta, debe considerarse correctamente cumplimentado el trámite de audiencia, en el que la contratista ha formulado alegaciones en el sentido ya expuesto, oponiéndose a la resolución del contrato por las causas invocadas por la Administración e impugnado la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios fijada por los técnicos municipales.

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 su caducidad (art. 25.1.b de la LPAC). Cabría plantearse en el presente supuesto si, partiendo de la comunicación realizada por la entidad adjudicataria el 2 de diciembre de 2021, el procedimiento se hubiera iniciado en realidad a solicitud del contratista, que parece instar la resolución contractual. Sin embargo, como analizaremos posteriormente, pugna con tal teoría el hecho de que la Administración municipal no da inicio de inmediato a tal procedimiento, optando por la suspensión unilateral del contrato y por la contratación de emergencia de un nuevo operador, unido a la circunstancia de que la propia mercantil se opone posteriormente a la resolución contractual, lo que determina la intervención de este órgano consultivo.

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. Así, a falta de regulación propia en la Comunidad de Madrid, y como sosteníamos en nuestro Dictamen 576/2021, de 10 de noviembre, entre otros muchos, hay que estar al plazo general de tres meses previsto en el artículo 21 de la LPAC.

Por ello, a la fecha de emisión del presente Dictamen, no puede tenerse por caducado el procedimiento, si bien el órgano consultante habrá de emitir la resolución del presente procedimiento con celeridad, una vez recibida la comunicación de este órgano consultivo, dado que el acuerdo de inicio data del 11 de enero de 2022 y, además, no consta en el expediente que se haya hecho uso de la facultad de suspensión del procedimiento prevista en el artículo 22.1.d) de la LPAC, a cuyo tenor:

“...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”.

Por último, en cuanto la tramitación completa del procedimiento, cabe reseñar la ausencia de una propuesta de resolución donde se contengan los hechos, causas y fundamentos de derecho de la presente resolución contractual, si bien no se estima necesaria la retroacción del procedimiento, tomando en consideración no sólo el principio de eficacia administrativa, sino la circunstancia de que, por un lado, tales hechos y

fundamentos se recogen en el informe del vicesecretario municipal que culmina el expediente y, además, nos encontramos ante un contrato que, como ahora veremos, ha concluido ya *de facto*.

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

Respecto el expediente remitido para dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora, la Administración municipal invoca la causa prevista en el apartado f) del artículo 211 de la LCSP/17, que considera como tal “*f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato*”.

En relación con esta causa de 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 los 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.

No obstante, en el presente supuesto, existen determinadas circunstancias que dificultan la aplicación del referido precepto y obligan a modular el alcance del citado incumplimiento contractual.

En efecto, recibida por la entidad local la comunicación de la entidad adjudicataria en la que, según la literalidad del escrito remitido, su voluntad inequívoca era la de “*proponerles la posibilidad de que resuelvan los contratos de suministro con ODF realizando el correspondiente cambio de comercializador*”, medida también avalada por el propio Acuerdo de 19 de octubre de 2021 del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, en el que se contemplaba también el traspaso de clientes a otras operadoras, el Ayuntamiento de Torrelodones debió iniciar de

inmediato el procedimiento de resolución contractual, haciendo uso a continuación de la facultad prevista artículo 213.6 de la LCSP/17, a cuyo tenor:

“Al tiempo de incoarse el expediente administrativo de resolución del contrato por las causas establecidas en las letras b), d), f) y g) del apartado 1 del artículo 211, podrá iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución. Se aplicará la tramitación de urgencia a ambos procedimientos.

Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado. A falta de acuerdo, la retribución del contratista se fijará a instancia de este por el órgano de contratación, una vez concluidos los trabajos y tomando como referencia los precios que sirvieron de base para la celebración del contrato. El contratista podrá impugnar esta decisión ante el órgano de contratación que deberá resolver lo que proceda en el plazo de quince días hábiles.

Cuando el contratista no pueda garantizar las medidas indispensables establecidas en el párrafo anterior, la Administración podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero”.

Sin embargo, la entidad local optó por suspender unilateralmente el contrato y acudir a la contratación de emergencia de otra operadora, sin haber iniciado el procedimiento de resolución del contrato vigente. En consecuencia, cabría encuadrar su actuación en la figura del desistimiento que, para el contrato de suministro, aparece recogida en el artículo 306 b)

de la LCSP/17, según el cual, son causas de resolución del contrato de suministro, además de las generales, la siguiente:

“... b) El desistimiento una vez iniciada la ejecución del suministro o la suspensión del suministro por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor”.

El desistimiento de la Administración como causa de resolución ha sido objeto de análisis en nuestro Dictamen 315/17, de 27 de julio, en el que se analizaba la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid sobre este motivo de resolución contractual, y se señalaba que las facultades excepcionales de las que se halla investida la Administración en el ámbito de la contratación pública son manifestación de potestades atribuidas por la Ley para atender a los intereses públicos, produciéndose su ejercicio, no de una manera automática, sino cuando lo exija el mencionado interés público implícito en cada relación contractual, dándose así cumplimiento al artículo 103 de la Constitución Española, en el sentido de que la Administración sirve con objetividad a los intereses generales, que en el ámbito de la contratación administrativa se manifiesta en el cumplimiento del principio de la “buena administración”.

Por ello, sobre la base del interés general, la normativa administrativa amplía las facultades resolutorias posibilitando la resolución sin que medie incumplimiento. En este sentido, ya se ponía de manifiesto por el Tribunal Supremo desde su Sentencia de 21 de mayo de 1986: *“No obstante lo dicho, el que aquí se dé por buena la existencia de un contrato para la dirección de tan repetidas obras, suscrito entre el Alcalde y el actor, no quiere decir que por ello el Ayuntamiento quede privado de la prerrogativa rescisoria o resolutoria del mismo, si existen motivos fundados para adoptar tal actitud, puesto que en la contratación administrativa, siempre sometida a*

la idea cardinal de satisfacción del interés público, el ejercicio de dicha prerrogativa es más flexible y abierto que la facultad condicionada, otorgada a los otorgantes de contratos privados, en el art. 1124 del Código Civil, como se comprueba comparando su texto con el recogido en el art. 70 y 71 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953”.

Respecto del desistimiento de la Administración, el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en varios dictámenes, por ejemplo, el Dictamen 140/11 de 6 de abril, o en el 442/11 de 27 de julio, indicó que la ley no establece los supuestos en que procede la misma, ni regula la forma de su ejercicio, siendo tanto la doctrina como la jurisprudencia las que se han encargado de señalar las condiciones que deben revestir su ejercicio, que vienen impuestas por razón del interés público.

En efecto, esta facultad está limitada por la norma general imperativa por la cual la Administración debe cumplir los fines que le son propios, al servicio del bien común y del ordenamiento jurídico, y siempre basándose en los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así lo ha puesto de manifiesto en su jurisprudencia el Tribunal Supremo en reiteradísimas ocasiones (Sentencias de 16 de abril de 1999, de 23 de junio de 2003, o Sentencia de 21 de septiembre de 2006, entre otras muchas).

En relación con el desistimiento, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.208/2008, de 16 de octubre se pronunciaba en los siguientes términos:

“Constituye un remedio excepcional ante una situación que, en la medida de lo posible, deberá evitarse que se produzca. Y, en todo caso, la Administración sólo podrá desistir del contrato cuando razones de interés público así lo aconsejen. No se configura como una opción de libre utilización por la misma, sino como una solución a la que únicamente podrá acudirse cuando la prosecución de las actuaciones o

de la ejecución del contrato perjudique al interés público o sea incompatible con él. De ahí que la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato haya de constar en el expediente administrativo y de ellas deberá mantener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias de interés público (Dictamen del Consejo de Estado núm. 1.336/2005, de 17 de noviembre). Así pues, el desistimiento de la Administración, para que resulte ajustado a Derecho, debe justificarse por razones de interés público que aconsejen la resolución del contrato”.

Y resalta que “*en puridad, el interés público que justifica el desistimiento unilateral de la Administración se ha venido apreciando en aquellas relaciones contractuales que, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto*”.

Como se puede apreciar, de la doctrina del Consejo de Estado se pueden sacar varias conclusiones: el desistimiento de la Administración constituye un remedio excepcional de aplicación a las relaciones contractuales del sector público y habrá de utilizarse solo cuando la ejecución del contrato perjudique al interés público o sea incompatible con él, lo que deberá justificarse en el expediente, tal y como señalábamos en el Dictamen 100/20, de 28 de abril. Además, y con carácter general, el interés público estará justificado cuando las relaciones contractuales, por una alteración sobrevenida de las circunstancias, han perdido su objeto, tal y como ocurre en el presente supuesto, en el que el procedimiento de inhabilitación de la contratista parece imposibilitar el suministro pactado.

CUARTA.- Ahora bien, sentado lo anterior, no debemos olvidar que el artículo 307.3 de la LCSP/17, a la hora de determinar los efectos de la resolución del contrato de suministro en el supuesto de desistimiento de la

Administración, señala que “*3. En los supuestos contemplados en la letra b) del artículo anterior, el contratista tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, el 6 por ciento del precio de adjudicación del contrato de los suministros dejados de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose por suministros dejados de realizar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran realizado*”.

No obstante, en el presente supuesto, según lo expuesto, existen circunstancias que justifican la no aplicación del citado precepto, pues la Administración no desiste por propia iniciativa tras realizar un juicio sobre la prevalencia del interés público que se vea amenazado por la subsistencia del contrato, sino que se ve compelida a ello ante la comunicación de la adjudicataria, que propone la resolución del contrato al estar incursa en un procedimiento de inhabilitación que, según la misma refiere, le impide su cumplimiento.

Esta facultad de interpretación ya ha sido acogida por esta Comisión Jurídica Asesora en dictámenes como el 277/19, de 27 de junio, en el que se trae a colación la Sentencia del Tribunal de 25 de enero de 2005 (r. 30/2001) cuando afirma que “*(...) se ha significar, que como la sentencia recurrida, no acuerda ni la incautación de la fianza, a que se refiere el artículo 114.4, de la Ley 13/95 de 18 de junio, ni la indemnización de daños y perjuicios a favor del contratista a que también se refiere el citado artículo 114.3, es claro, que ni está apreciando la culpa exclusiva de la Administración, ni la del contratista, pues según el citado artículo, el incumplimiento de la Administración genera la obligación de indemnización a favor del contratista de los daños y perjuicios causados, y, el incumplimiento culpable del contratista genera la incautación de la fianza*

(...) conviene añadir a todo lo anterior, a) de una parte, que la solución de resolver el contrato, era la única posible, tanto porque las partes están en

buenas medidas conformes con ello, la Administración acuerda la resolución del contrato y el contratista, no se opone a esa solución y si a que se le declare culpable, como porque, la apreciación conjunta de los defectos acreditados en el proyecto técnico, la no intervención del técnico competente en su realización y aprobación y las actitudes del contratista y de la Administración, que lejos de acudir conjuntamente a resolver los problemas evidentemente existentes y sin los cuales no se podía continuar la obra, como el propio informe pericial refiere, insisten cada uno en la defensa de sus derechos individuales; y b), de otra parte, que la solución adoptada, por la Sala de Instancia de apreciar la culpa o incidencia conjunta, de la actuación de las partes, Administración y contratista, era la que realmente mostraban las actuaciones, (...)".

En definitiva, a juicio de esta Comisión Jurídica Asesora, procede la resolución del presente contrato, ya extinguido *de facto* ante la existencia de una nueva operadora encargada de su ejecución, sin que se genere derecho a indemnización alguna en favor de uno u otro de sus intervenientes.

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

CONCLUSIÓN

Procede la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica de consumo en media y baja tensión para el alumbrado público, dependencias, colegios y otros del Ayuntamiento de Torrelodones (Lote 2: Suministro de energía eléctrica tarifas 3.0A y 31.A), por la causa prevista

en el artículo 306 b) de la LCSP/17, sin derecho a indemnización en favor de ninguna de las partes.

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 5 de abril de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 199/22

Sr. Alcalde de Torrelodones

Pza. de la Constitución, 1 – 28250 Torrelodones