

Dictamen nº: **673/22**
Consulta: **Alcaldesa de Navalcarnero**
Asunto: **Contratación Pública**
Aprobación: **25.10.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 25 de octubre de 2022, emitido ante la consulta formulada por la alcaldesa de Navalcarnero, cursada a través del consejero de Administración Local y Digitalización, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, sobre resolución del contrato de gestión indirecta del servicio público energético y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio, suscrito entre el ayuntamiento y ELECNOR, S.A., en la actualidad ELECNOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U. (en adelante, “*la contratista*”).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 15 de septiembre de 2022 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, la solicitud de dictamen preceptivo formulada por el Ayuntamiento de Navalcarnero en relación a la resolución del contrato citado en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 588/22. Por oficio de la secretaria de este órgano consultivo de 21 de septiembre de 2022, se requirió el envío de documentación complementaria.

Dicha documentación fue recibida con registro de entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el 23 de septiembre de 2022, reanudándose el plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

La ponencia correspondió, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en la sesión celebrada el día indicado en el encabezamiento de este dictamen.

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

1. Previa licitación mediante procedimiento abierto del contrato de gestión indirecta bajo la modalidad de concesión, el pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero en sesión extraordinaria celebrada el 30 de agosto de 2013, adoptó el acuerdo de adjudicación del contrato a la empresa Elecnor por un importe anual de 1.054.032,53 €, IVA incluido y una duración de 15,5 años.

2. Según los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) aprobados previamente el 5 de junio de 2013, el ayuntamiento consideró necesario adecuar el sistema de alumbrado exterior del municipio al reglamento de eficiencia energética, aprobado por Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre. Además, se considera como prestación económica mayor, la gestión del servicio público del alumbrado exterior del municipio.

3. El contrato se formalizó el día 16 de octubre de 2013, y para responder de su ejecución, previamente la contratista constituyó garantía definitiva mediante aval bancario por importe de 42.248,41 €.

El objeto del contrato tiene como finalidad realizar las siguientes prestaciones según su cláusula primera:

- Prestación P1. Gestión energética y de explotación, incluida la gestión del suministro energético para el funcionamiento de las instalaciones objeto del contrato.

- Prestación P2. Mantenimiento preventivo, dirigido a lograr el perfecto funcionamiento y rendimiento de las instalaciones de alumbrado exterior y de todos sus componentes, incluidas la limpieza periódica de estas.

- Prestación P3. Garantía total: reparación con sustitución de todos los elementos deteriorados por el uso y envejecimiento, de las instalaciones, así como localización y reparación de todas las averías que se produzcan en las instalaciones de alumbrado exterior.

- Prestación P4. Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía: realización y financiación de las obras de mejora y renovación de las instalaciones de alumbrado exterior que se especifican en el Pliego de Prescripciones Técnicas y en su anexo A. Estas obras serán ejecutadas en base al reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior, aprobado por Real Decreto 1890/2008, de 14 de noviembre. Las obras anteriormente indicadas serán ejecutadas y financiadas por el adjudicatario mediante los ahorros conseguidos dentro del periodo de vigencia del contrato, y no tendrán repercusión económica sobre el presupuesto del contrato.

El PCAP señala (cláusula 2.5) en lo relativo a la prestación P4 que *“el plazo máximo de ejecución de estas tareas será de 8 meses”*. En la proposición económica consta *“el plazo de ejecución de las mejoras establecidas en la Prestación P4, Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía, será de 5.5 meses”*.

- Prestación P6 (sic). Trabajos complementarios: ejecución de trabajos no programados relacionados con el alumbrado exterior en el marco de este contrato, y que no correspondan a trabajos específicos del resto de prestaciones.

La cláusula séptima del contrato regula las causas de resolución, que son las establecidas en los artículos 223 y 286 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP) y las específicas que allí se señalan: el incurrir el adjudicatario en cualquiera de las causas de prohibición de contratar; que el adjudicatario no haga efectivo el correspondiente pago del suministro eléctrico a la compañía e incumpla con su obligación de estar al corriente de pago; y el incumplimiento de cualquier obligación contractual.

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

5. Por la técnica municipal (jefa de obra) se emite un primer informe, con fecha de registro de salida 8 de octubre de 2021 (carpeta 2 del expediente administrativo) en el que tras aludir a una serie de reuniones mantenidas en los meses precedentes con la contratista, se recuerda que el contrato comprende la totalidad de las instalaciones de alumbrado exterior existentes en el municipio. Y se le insta a ejecutar las obligaciones establecidas en el contrato en su totalidad, adjuntándose un listado de los puntos con iluminación sin servicio.

- Por la misma técnica se emite informe de 12 de noviembre de 2021, en el que se pone de manifiesto que el art. 3.7 del Pliego de Condiciones Técnicas establecía la obligación de entregar, una vez finalizada la Prestación P4, un inventario de las instalaciones de alumbrado exterior, de todos los elementos y equipos existentes con la numeración, emplazamiento, características y marca de las luminarias,

características y marca de las lámparas, así como un plano digitalizado donde se reflejen los cuadros de maniobra y los puntos de luz.

Señala que ya se le entregó el listado actualizado de lo que estaba pendiente de realizar de la prestación P4; y el 23 de noviembre se requiere a la contratista para que entregue los planos y el inventario.

Por la contratista se envía el 29 de noviembre, el plano llave y el inventario con diversa documentación solicitada.

Por la técnica se le vuelve a requerir el 30 de noviembre, que está todavía pendiente la aportación del inventario de todos los elementos y equipos existentes. Mediante diversos escritos presentados el 3 de diciembre, la empresa adjunta más documentación.

- En escrito de la contratista de 9 de diciembre de 2021, se indica que la documentación requerida ya está en poder del ayuntamiento; no obstante, se entrega copia del Plan de Actuación y documentación anexa de la ejecución. Además, adjunta una instancia presentada el 29 de abril de 2015; un escrito de 7 de mayo de 2015 en el que se señalaba que *“a día de hoy se ha realizado el cambio en un total de 3.000 luminarias viales, siguiendo con los estudios de las calles pendientes y que se procederá al cambio, una vez analizados los resultados y contrastados con los servicios técnicos y obtenida su aprobación”*; y una certificación municipal de 8 de mayo de 2015.

6. El 16 de diciembre de 2021 (carpeta 3 del expediente) se emite nuevo informe por la técnica en el que se concluye que, revisados los datos del contrato y las instalaciones de alumbrado exterior del municipio y no habiendo obtenido respuesta a lo solicitado, es decir, al Plan de Actuación *“se han incumplido las obligaciones establecidas en el contrato y en el pliego de condiciones técnicas”*, y se propone la imposición de la penalidad que proceda.

El 17 de diciembre de 2021 se emite informe por el técnico jurídico de Contratación en el que se propone iniciar expediente de imposición de penalidad por no haber entregado en plazo el Plan de Actuación y propone una penalidad de 8.308,75 €.

El 14 de enero de 2022, la contratista efectúa alegaciones, señalando que ya informó en innumerables ocasiones que el Plan de Actuaciones consta desde el primer momento en las dependencias municipales ya que se aportó con la oferta. Y que dicho plan fue completado con los escritos posteriores con los planos e inventarios de los elementos instalados. Y solicita que no se le imponga la penalidad.

Se emiten los informes municipales pertinentes en los que se proponen la desestimación de las alegaciones y la imposición de esa penalidad. Por la interventora se emite informe de fiscalización el 7 de febrero de 2022, en el que señala “... *la posible penalidad a imponer será por incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato en vigor y en el Pliego de Condiciones Técnicas en tiempo y forma*”.

Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 23 de febrero de 2022, se desestiman las alegaciones y se impone la penalidad de 8.308,75 €. Contra dicho acuerdo, la contratista interpuso recurso de reposición el 7 de abril de 2022, que no consta resuelto.

7. En relación con el cumplimiento del contrato, la contratista presenta nuevo escrito el 21 de diciembre, al que se adjunta un anexo 1, con catorce planos inventarios de los puntos de luz existentes y un plano llave; y un anexo 2 con un inventario resumen por calle de los citados puntos de luz, que contiene dos columnas: una, de luminaria existente, en la que figura el número de lámparas que debían haberse sustituido por LED dentro del plazo de los 5,5 primeros meses del contrato; y otra columna, de la luminaria proyectada tipo LED.

El día 18 de enero de 2022, emite informe el ingeniero técnico municipal (documento 11 de la carpeta 2 del expediente) relativo a la resolución de contrato, en el que se detallan los incumplimientos en la ejecución del contrato referentes a la Prestación P4. En resumen, se indica que esta prestación corresponde a la sustitución de lámparas, equipos y luminarias para la mejora de la eficiencia y ahorro energético y que precisamente, el contrato tenía como objeto reducir el consumo energético del alumbrado exterior.

- Que la empresa propuso en su oferta reducir el plazo para ejecutarla, desde los 8 meses que figuraba en los pliegos, a 5,5 meses, y que sin embargo, no consta un plan de ejecución de trabajos.

- Que en el momento de la licitación existían 7.925 puntos de luz a sustituir y que realizadas visitas de inspección durante el mes de enero de 2022, se comprueba que no están cambiados 1.656 puntos de luz, que detalla. Y propone al órgano de contratación que inicie el expediente de resolución del contrato por incumplimiento de lo indicado.

TERCERO.- Por providencia del concejal delegado de 19 de enero de 2022, se acuerda iniciar el expediente de resolución del contrato que nos ocupa relativo al servicio público energético y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio (referente a la prestación P4 del contrato), y que se emitan los informes preceptivos.

1. Por el técnico jurídico de Contratación, se emite informe el 19 de enero de 2022 con el Vº Bº del secretario general en el que se describen los antecedentes, se hace referencia a los informes emitidos destacando el del ingeniero municipal en el que se concluía:

1º Se ha incumplido por la contratista la prestación P4 de obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía, al no

haber sido completada la sustitución ni adaptación de numerosos puntos de luz a tecnología LED.

2° Se ha incumplido el plazo de 5,5 meses iniciales para ejecutar la prestación P4 que la propia empresa había ofertado.

3° La empresa no cumplió la obligación de presentar, una vez finalizado el plazo de la Prestación P4, un inventario de las instalaciones de alumbrado exterior, con los datos de numeración, emplazamiento, características y marca de las luminarias y de las lámparas.

4° Que la prestación P4 no se encuentra completamente realizada, siendo esta la prioridad básica del servicio público contratado, a fin de lograr una mayor eficiencia energética.

5° El valor de las sustituciones pendientes para terminar la prestación P4, se calcula en 1.869.574,32 €, IVA incluido.

El informante propone el inicio del procedimiento de resolución del contrato *“por no haber ejecutado la empresa concesionaria la totalidad de la Prestación P4, denominada “Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía”, dentro del plazo ofertado, esto es 5 meses y medio, estando aún pendientes de sustitución 1.656 puntos de luz a tecnología LED”*. Y que la resolución del contrato implicaría la incautación de la garantía constituida.

2. Por la Junta de Gobierno Local en sesión de 19 de enero de 2022, se acordó iniciar el procedimiento de resolución del contrato *“por no haber ejecutado la empresa concesionaria la totalidad de la Prestación P4, denominada “Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía”, dentro del plazo ofertado, esto es 5 meses y medio, estando aún pendientes de sustitución 1.656 puntos de luz a tecnología LED”*.

3. Se formularon alegaciones por la empresa adjudicataria, el 10 de febrero de 2022, en las que en síntesis sostiene que:

- Que sí cumplió con la prestación P4 consistente en la realización de las obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía, mediante la sustitución de lámparas, equipos y luminarias para la mejora de la eficiencia y ahorro energético, durante el período comprendido entre el 17 de octubre de 2013 (firma del acta de comprobación de replanteo) y el 1 de abril de 2014 en que finalizaron los trabajos; y ello como se demuestra con el hecho el ayuntamiento comenzó a pagar a Elecnor el importe de la Prestación P1 en el mes de abril de 2014, tras la finalización de la Prestación P4, tal y como disponía la cláusula 2.1 del PCAP.

- Que todo ello fue reconocido por el técnico municipal D. que emitió un certificado el 8 de mayo de 2015 en cuyo punto 3 decía: *“Que desde la fecha de formalización del contrato, dentro del plazo de ejecución ofertado se han llevado a cabo satisfactoriamente por parte de Elecnor la mejora y renovación del alumbrado objeto del contrato, comprendiendo el suministro, instalación y puesta en funcionamiento de los equipos e instalaciones que fomenten el ahorro de la energía y la eficiencia energética, de conformidad con lo dispuesto en el Pliego”.*

- Que con fecha 21 de diciembre de 2021, la contratista presentó una reclamación económica pues no se le había abonado el precio del contrato; concretamente, se adeuda la cantidad de 391.182,61 € por el impago de 19 facturas emitidas en el período entre el 30 de enero de 2020 y 8 de noviembre de 2021. Relata que en dicho escrito se advertía además, que dado que la demora en el pago de las facturas es superior a ocho meses, Elecnor podría proceder, a la suspensión del cumplimiento del contrato (previa comunicación al ayuntamiento), o bien, también tendría derecho a resolver el contrato y al resarcimiento de los perjuicios.

- Que en el informe del técnico municipal se dice que se ha incumplido el plazo de 5,5 meses para ejecutar la P4, pero que *“no especifica ningún plazo, ni detalla cual es el supuesto período de demora”*. Y que, en todo caso, esto no es cierto ya el acta de comprobación de replanteo e inicio de los trabajos es de 17 de octubre de 2013 y estos finalizaron el 1 de abril de 2014, dentro del plazo.

- Que tampoco es cierto que no cumpliera con la obligación de presentar un inventario de las instalaciones de alumbrado exterior, ya que existen las aplicaciones informáticas denominadas GISAL y CIMELUX, respecto de las cuales Elecnor facilitó al ayuntamiento mediante escrito registrado de entrada el 14 de diciembre de 2016 los nombres de usuario y claves para su acceso (documento que adjunta).

El escrito finaliza indicando que no solo no existe incumplimiento de la prestación P4, sino que hay un incumplimiento previo del pago de 19 facturas por el ayuntamiento; que conforme a la doctrina del Consejo de Estado (Dictamen 1252/2009, de 23 de julio) y del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (Dictamen 373/12, de 20 de junio) *"sobre la concurrencia de varias causas de resolución (...)en tales supuestos debe aplicarse siempre la primera causa de resolución que aparezca en el tiempo"*; por lo que la causa de resolución contractual que ha de aplicarse es el incumplimiento de la obligación de pago del precio del contrato por plazo superior a 8 meses; y que en todo caso, no procede la incautación automática de la garantía.

4. Presentadas las alegaciones, se emite informe por el ingeniero municipal el 15 de febrero de 2022, en el que se señala que los puntos de luz a sustituir eran 7.925 -en el momento de formalización del contrato- en un plazo de 5,5 meses y que no se han sustituido todos los puntos de luz en ese plazo; ya que tras las visitas de inspección de los servicios municipales en el pasado mes, se ha comprobado que no habían sido cambiados 1.656 puntos de luz.

Por el técnico jurídico de Contratación con el Vº Bº del secretario general se emite informe el día 23 de marzo de 2022, en el que se propone la desestimación de las alegaciones presentadas (las cuales rebate) y la resolución del contrato, la incautación de la garantía definitiva y que se solicite dictamen a la Comisión Jurídica Asesora.

Así mismo, por la interventora se emite informe el 23 de marzo de 2022, en el que se hace referencia al informe jurídico con propuesta de resolución del contrato y se señala que actualmente *“quedan 1.656 puntos de luz sin sustituir, y que según informe técnico, ello supondría un coste total de 611.253,49 euros”*. No obstante, en el informe del ingeniero técnico se justifica el importe superior de 1.869.574,30 euros en base a la prestación P6. Por lo que los 1.656 puntos de luz no sustituidos, a 1.128,97 euros por punto de luz, supondría una valoración del coste de 1.869.574,30 euros. Y termina informando favorablemente la resolución del contrato.

5. Finalmente, se formula el mismo día 23 de marzo de 2022, la propuesta de resolución en la que después referir los antecedentes de hecho, la normativa aplicable y los informes emitidos, se propone: desestimar las alegaciones y acordar la resolución del contrato y la incautación de la garantía definitiva de 42.248,41 euros.

Remitido dicho expediente a este órgano consultivo, se emitió el Dictamen 323/22, de 24 de mayo en el que se concluye que procede retrotraer el procedimiento y tramitarlo conforme a lo indicado en la consideración jurídica segunda *in fine*. En ella se indicaba *“procede retrotraer el procedimiento con una doble finalidad: una, que se dé nuevo trámite de audiencia al contratista poniéndole de manifiesto el informe de la Intervención y el del ingeniero municipal de fecha 23 de marzo de 2022, concediéndole nuevo plazo para alegaciones. Y la otra finalidad es que el expediente que se remita nuevamente a esta Comisión para su preceptivo dictamen, esté completo”*.

CUARTO.- Recibido en el ayuntamiento el dictamen y habida cuenta de la perentoriedad del plazo de caducidad que restaba para resolución del contrato, se emite informe jurídico con el Vº Bº del secretario municipal de 10 de junio de 2022, en el que se propone el desistimiento del procedimiento de resolución contractual iniciado y acordar un nuevo procedimiento de resolución del contrato.

1. Por la Junta de Gobierno Local en sesión extraordinaria celebrada el 10 de junio de 2022, se resuelve:

1º Acordar el desistimiento del procedimiento de resolución del contrato de gestión indirecta, bajo la modalidad de concesión, del servicio público energético y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio, iniciado el 19 de enero de 2022.

2º Acordar la iniciación de un nuevo procedimiento de resolución del contrato (...) en base al informe emitido por el ingeniero técnico municipal de fecha 18 de enero de 2022.

3º El procedimiento de resolución contractual viene motivado *“por no haber ejecutado la empresa concesionaria la totalidad de la Prestación P4 “Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía”, dentro del plazo ofertado, esto es 5 meses y medio, estando aún pendientes de sustitución 1.656 puntos de luz a tecnología LED”*. Las sustituciones aún pendientes estarían valoradas en 1.869.574,30 euros. La resolución del contrato implicaría la incautación de la garantía definitiva por importe de 42.248,41 euros.

El acuerdo señala que la duración del plazo para resolver será de tres meses y dispone su notificación a la contratista y a la avalista concediéndoles trámite de audiencia para que efectúen alegaciones. Dicho acuerdo consta debidamente notificado. El representante de la empresa comparece el 14 de junio, en dependencias municipales para tomar vista de lo actuado y obtener copia de documentos.

Por escrito de la misma fecha se solicita por la contratista la suspensión del plazo para efectuar alegaciones, que fue denegada por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 15 de junio de 2022.

2. Por escrito registrado de entrada el 20 de junio de 2022, la contratista señala que no se le ha puesto de manifiesto la totalidad del expediente (porque falta el informe de fiscalización y el informe jurídico emitidos ambos el 23 de marzo de 2022). Por ello, que se ha vulnerado lo estipulado por la Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 323/22. Y pide que se le entreguen los informes citados y se le dé nuevo trámite de audiencia y de alegaciones. En todo caso, manifiesta su oposición a la resolución del contrato con base a las alegaciones expuestas en el escrito de 10 de febrero de 2022, al cual se remite.

3. Por la interventora municipal se emite informe el 28 de junio de 2022, en el que refiere la legalidad aplicable, el procedimiento de resolución contractual, así como, los efectos económicos de la resolución del contrato. Finaliza su informe sin conclusión alguna.

Por el técnico jurídico de Contratación se emite informe el mismo 28 de junio, en el que se propone conceder nuevo trámite de audiencia y adjuntarle lo solicitado y el nuevo informe de la interventora.

Por la Junta de Gobierno Local se concede el 29 de junio, nuevo trámite de audiencia para alegaciones adjuntando todos los informes.

4. La contratista presenta escrito de alegaciones el 18 de julio de 2022 (carpeta 47 del expediente) en el que en síntesis, señala que ya cumplió de forma satisfactoria con la prestación P4 consistente en la realización de las obras de mejora y renovación de las instalaciones mediante la sustitución de lámparas, equipos y luminarias para la mejora de la eficiencia y ahorro energético, durante el período comprendido entre el 17 de octubre de 2013 y el 1 de abril de 2014.

- Que no es cierto que existan actualmente 1.656 puntos de luz pendientes de sustituir y que no existe ninguna lámpara pendiente de sustituir a tecnología LED para completar la prestación P4.

- Que durante el período de ocho años comprendido entre 2013 a 2021, cumplió con sus obligaciones contractuales sin que por el ayuntamiento haya existido reparo alguno en cuanto al cumplimiento en tiempo y forma de la prestación P4.

- Que se trata de resolver el contrato por un supuesto incumplimiento de la prestación P4, ejecutada hace ocho años, hecho que en ningún caso puede dar lugar a entender que el contrato se ha incumplido, pues cuando se acabaron las obras de la prestación P4 se certificó su correcta ejecución.

- En prueba de ello, adjunta un informe emitido por un Organismo de Control Autorizado, en el que tras la inspección de las instalaciones para verificar los puntos de luz señalados en el informe del ingeniero técnico municipal (de 18 de enero de 2022), concluye *“que se puede decir que la instalación está dentro de los parámetros exigidos por la normativa de referencia R.D. 1890/2008. Se ha verificado que en los centros de mando donde se han realizado mediciones, las luminarias instaladas son de tecnología LED”*.

- Que el 21 de diciembre de 2021, presentó una reclamación económica ante el ayuntamiento por importe de 391.182,61 € por el impago de 19 facturas emitidas en el período comprendido entre el 30 de enero y el 8 de noviembre de 2020. Y que como el ayuntamiento no ha contestado, ha interpuesto recurso judicial que se tramita en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 27 de Madrid (Procedimiento Ordinario 301/2022).

- Que en prueba de sus afirmaciones adjunta el informe elaborado por la ingeniera responsable del contrato de Elecnor, el 14 de julio de

2022, que da por reproducido y en el que se concluye *“la prestación P4 se ha ejecutado en tiempo y forma, cumpliendo en todo momento con su oferta, los pliegos y la normativa aplicable”*.

- Que respecto de la valoración económica del supuesto incumplimiento, el informe de la Intervención de 23 de marzo de 2022 indica que los 1.656 puntos de luz que aún quedarían por sustituir supondrían un total de 611.253,49 €, frente al importe de 1.869.574,30 € indicado por el técnico municipal, es decir, que la interventora corrige y aminora la valoración del técnico municipal.

- Que el expediente de resolución de contrato se debe tramitar conforme al TRLCSP de 2011 y que en consecuencia, no procede la incautación automática de la garantía definitiva.

Suplica que se estimen sus alegaciones y se acuerde la resolución del contrato pero por causa imputable al ayuntamiento al demorar el abono del precio contrato por plazo superior a ocho meses, así como al resarcimiento de los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento. Adjunta a su escrito, el informe del Organismo de Control Autorizado, el de la ingeniera responsable del contrato, y 12 anexos con documentación ya presentada, y otros anexos con letras a-d.

5. Por el técnico jurídico de Contratación se emite el informe de 28 de julio de 2022 con el Vº Bº del secretario municipal, en el que se analizan las alegaciones presentadas:

- Respecto del certificado de 8 de mayo de 2015, señala que este se emitió en respuesta al escrito de la contratista del día anterior, en el que la empresa manifestaba que no había finalizado la sustitución de todas las luminarias. Por tanto, la prestación P4 no había sido terminada; si bien es cierto que se firmó un acta de inicio de los

trabajos, y que se realizó un seguimiento, pero la totalidad de los puntos de luz no han sido sustituidos conforme a lo ofertado.

- Respecto del inventario informatizado señala que la concesionaria no lo hizo; que en la actualidad sí se cuenta con acceso a los programas GISAL Y CIMELUX para el seguimiento de la instalación, pero en el inventario no se especifican determinados aspectos fundamentales como son la potencia de los equipos, altura, partes de mantenimiento asociados, gestión de cuadros de mando, etc.

- En cuanto a la resolución del contrato, insiste en que no se han sustituido todos los puntos de luz en el plazo de 5 meses y medio ofertado; que esta prestación P4 era la fundamental del contrato para la adaptación del alumbrado exterior al reglamento de eficiencia energética. Y que tras 8 años, la prestación P4 sigue sin estar íntegramente cumplida, quedando 1.656 puntos de luz sin cambiar.

En consecuencia, propone la resolución del contrato que nos ocupa; la incautación de la garantía definitiva de 42.248,41 euros; que se solicite dictamen preceptivo a la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, y se acuerde la suspensión del plazo para resolver y notificar el procedimiento de resolución contractual, hasta la recepción del dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, que deberá comunicarse a los interesados.

6. Por oficio de la alcaldesa con registro de salida de fecha 28 de julio de 2022, dirigido al consejero de Administración Local y Digitalización, se solicita dictamen preceptivo a este órgano consultivo y se acuerda la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, que ha de comunicarse a los interesados.

Por el citado consejero se firma la solicitud de dictamen el 8 de septiembre, que acompañada del expediente respectivo se registra de entrada en este órgano consultivo el día 15 de septiembre de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

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

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

SEGUNDA.- Según hemos hecho constar en los antecedentes de hecho de este dictamen, la adjudicación del contrato se produjo por Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Navalcarnero en el año 2013, por lo que resulta de aplicación al contrato la regulación prevista en el TRLCSP, en cuanto que normativa vigente en dicho momento.

No obstante, esta Comisión Jurídica Asesora ha señalado en numerosos dictámenes (272/17, de 29 de junio, 191/18, de 26 de abril o 173/19, de 29 de abril) que la normativa que ha de regir el procedimiento de resolución contractual es la vigente en el momento del inicio de este último; en este caso, el 10 de junio de 2022, en que lo acuerda la Junta de Gobierno Local. Por lo que ello supone la aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP/17).

En materia de procedimiento de resolución contractual, ha de estarse al artículo 212.1 de la LCSP/17: *“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 lo dispuesto en el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), vigente en lo que no se oponga a la LCSP/17.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución del contrato, los artículos 190 y 212 de la LCSP/17, la atribuyen al órgano de contratación, que si bien fue -en 2013- el pleno del ayuntamiento, se señala que, con posterioridad, por acuerdo del Ayuntamiento Pleno (SIC), en sesión de 26 de julio de 2021, se delegó en la Junta de Gobierno Local el acuerdo de inicio del procedimiento. En consecuencia, es esta última la competente.

De conformidad con el artículo 191.3 de la LCSP/17, será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos de resolución, cuando se formule oposición por la contratista.

En este caso, la contratista se ha opuesto a la resolución del contrato por la causa invocada por el ayuntamiento 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, establece como necesarios y con carácter previo, los informes de la Secretaría y de la Intervención de la Corporación (artículo 114.3). En este sentido, en el expediente

administrativo remitido, constan que se han emitido diversos informes por el técnico de Contratación con el Vº Bº del secretario municipal.

Por la Intervención consta emitido el informe de 28 de junio de 2022, que no tiene conclusión alguna al respecto.

Por otro lado, se ha cumplido adecuadamente con el trámite de audiencia a la contratista y también al avalista, ya que se propone la incautación de la garantía. Al respecto, vemos que se ha efectuado la audiencia con todas las garantías del artículo 82 de la LPAC, ya que ante la queja de la empresa de que no se le había puesto de manifiesto todo el expediente (señalando en concreto los informes que faltaban) se le concedió un nuevo trámite de audiencia poniéndole de manifiesto todo lo actuado, incluyendo el segundo informe de la Intervención.

Con posterioridad a las alegaciones formuladas por la contratista, se ha emitido informe-propuesta de resolución por la Secretaría Municipal, el 27 de julio de 2022, informando estas, proponiendo su desestimación y la resolución del contrato. En consecuencia, el procedimiento de resolución del contrato se ha efectuado adecuadamente en todos sus trámites y con las debidas garantías.

En lo relativo al plazo para resolver en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio, es de recordar que el incumplimiento del plazo previsto para resolver determina la caducidad (art. 25.1.b) de la LPAC).

En nuestro caso, al regirse el procedimiento por la LCSP/17, le será de aplicación el plazo de tres meses previsto en dicho texto legal para la instrucción y resolución del expediente de resolución contractual. Sobre la aplicación del plazo de tres meses y no de ocho, ya se ha pronunciado esta Comisión Jurídica Asesora analizando las consecuencias de la STC 68/2021 en numerosos dictámenes, a cuya

lectura nos remitimos: 576/21, de 10 de noviembre, 626/21, de 30 de noviembre, y el más reciente 162/22, de 22 de marzo.

Pues bien, a la fecha de emisión del presente dictamen el procedimiento no ha caducado, dado que su inicio se produjo el 10 de junio de 2022 y el plazo ha sido suspendido al solicitar el dictamen de este órgano consultivo, conforme al artículo 22.1.d) de la LPAC.

En efecto, se cumplen los requisitos legales ya que figura en el complemento del expediente administrativo, la notificación a la contratista, el 5 de agosto y a la avalista, el 29 de julio, del acuerdo de suspensión del procedimiento de resolución contractual por el tiempo que medie entre la petición de dictamen de la alcaldesa con registro de salida de 28 de julio de 2022 (dirigido al consejero de Administración Local y digitalización) y la recepción del presente dictamen.

TERCERA.- Una vez analizados los aspectos relativos a la tramitación y al plazo para resolver, debemos examinar si concurre o no, la causa para resolver el contrato invocada por el Ayuntamiento de Navalcarnero.

Como cuestión previa, decir que el objeto de dictamen versará sobre la citada causa de resolución invocada, esto es, *“por no haber ejecutado la empresa concesionaria la totalidad de la Prestación P4: Obras de mejora y renovación de las instalaciones consumidoras de energía, dentro del plazo ofertado, esto es 5 meses y medio, estando aún pendientes de sustitución 1.656 puntos de luz a tecnología LED”*.

A ello, no puede añadirse ni la petición de pago de las 19 facturas pendientes, solicitada por la empresa al ayuntamiento, que seguirá su propio curso y además está *sub iudice*; ni en relación a este impago, la causa de resolución invocada a su vez por la contratista frente al ayuntamiento en su primer escrito de alegaciones el 10 de febrero de 2022 y ratificada en el de 18 de julio del mismo año.

A este respecto, conviene distinguir el momento de incumplimiento de una prestación contractual, del momento de su puesta de manifiesto a la otra parte con la invocación de la causa de resolución que proceda y la petición expresa de resolución del contrato. Así, ambas partes (ayuntamiento y contratista) alegan la prioridad en el tiempo de la causa de resolución del contrato que invocan, y la doctrina de este órgano consultivo al respecto.

Así las cosas, hemos a poner de manifiesto lo que literalmente señalaba nuestro Dictamen 173/19, de 29 de abril:

“La contratista se opone a la resolución planteada por el Ayuntamiento de Móstoles, invocando el incumplimiento previo de la Administración, como causa primera en el tiempo. Como ya señaló el Consejo Consultivo en su Dictamen 373/12, de 20 de junio, y ha reiterado esta Comisión Jurídica Asesora (Dictamen 365/17, de 14 de septiembre y 173/19, de 29 de abril) de existir un incumplimiento por parte de la Administración, no estaríamos ante un supuesto de concurrencia de varias causas de resolución -que daría lugar a su resolución por la primera causa de resolución que se hubiese producido, dictámenes 332/16, 290/17, 297/17 y 310/17-, sino que se trataría de un supuesto de concurrencia de incumplimientos de la Administración y del contratista, o de los llamados incumplimientos recíprocos, distintos de los casos de concurrencias de varias causas de resolución imputables al contratista”.

Por tanto, en el caso que nos ocupa habría una concurrencia de incumplimientos por ambas partes: la contratista alude al impago del precio de 19 facturas (391.182,61 €) y el ayuntamiento alega el incumplimiento de la prestación P4 en el plazo convenido de 5,5 meses. En consecuencia, no ha de dictaminarse con arreglo a una prioridad en el tiempo del incumplimiento contractual de cada parte, sino sobre si concurre o no la causa invocada por el ayuntamiento desde el primer

procedimiento de resolución del contrato, sobre la cual se pide dictamen a esta Comisión Jurídica Asesora.

En todo caso, conviene advertir que la decisión que adopte el ayuntamiento en el expediente que nos ocupa, puede quedar condicionada al fallo de la sentencia que se dicte por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 27 de Madrid, cuando esta sea firme sobre la pretensión de pago de las 19 facturas y la resolución pretendida por la contratista. Pero ello, no es óbice para la tramitación y resolución del actual procedimiento.

Esto sentado, en el informe-propuesta de resolución del ayuntamiento con base a los distintos informes emitidos, se invoca como causa de resolución *“no haber ejecutado la empresa concesionaria la totalidad de la Prestación P4 (...) en el tiempo ofertado, esto es, cinco meses y medio”*; siendo de advertir que la propuesta no señala cuál es la causa concreta que invoca del artículo 223 del TRLCSP, y ni siquiera se menciona este precepto. Es de suponer que se refiere a la causa de la letra d) *“la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista”*.

En concreto, sí se indica que con arreglo a la prestación P4 había de ejecutarse el cambio de los puntos de luz (7.925 en total en el momento de la firma del contrato) en 5 meses y medio; y faltan todavía 1.656 puntos de luz sin cambiar a tecnología LED.

La carga de la prueba del presupuesto de hecho que permitiría anudar la consecuencia jurídica de la resolución del contrato, incumbe al ayuntamiento y ha de ceñirse a la prestación P4.

Pasamos a analizar las pruebas que hay en el expediente:

a- En relación al Plan de actuación, por la técnica municipal se insiste en numerosos informes y requerimientos en el último trimestre

del año 2021, que la contratista no ha aportado el citado plan, a que está obligada por mor del Pliego de Prescripciones Técnicas (artículo 7) relativo a la Prestación 4. Por ello, se notificó el requerimiento para que entregara la copia del Plan de Actuación aportado y aprobado por los Servicios Técnicos Municipales. Por la contratista se contesta que el Plan de actuación fue aportado en su día (2013) con la oferta y que por tanto, el ayuntamiento ya tiene en su poder la documentación.

Valorando la prueba al respecto de ello, resulta que el Plan de actuación, como tal, no consta efectivamente presentado, más allá de lo que, en el momento de la oferta se hizo.

Sin embargo, la consecuencia jurídica de la no presentación del Plan de actuación, no puede ser la de resolución del contrato, porque ya hay al respecto impuesta una penalidad por esta causa.

En efecto, tal y como hemos referido en el antecedente de hecho tercero punto 6 de este dictamen, se instruyó un procedimiento y se impuso a la contratista la penalidad de 8.308,75 € *“por no haber entregado en el plazo concedido por la responsable del contrato el Plan de Actuación”* (carpeta 3 del expediente, documento 10).

Es de recordar que la finalidad de la imposición de una penalidad (que no es una sanción propiamente) es intimar a la contratista para cumplir una prestación (o parte de ella) y por ello, no se puede de forma simultánea, instar el procedimiento de resolución del contrato e imponer una penalidad por ese mismo motivo.

Por ello, el ayuntamiento debería resolver el recurso de reposición formulado sobre la penalidad ya impuesta de 8.308,75 €.

b- En cuanto al inventario, es lo cierto que el art. 3.7 del Pliego de Condiciones Técnicas establecía la obligación de entregar, una vez

finalizada la Prestación P4, un inventario informatizado de las instalaciones de alumbrado exterior, de todos los elementos y equipos existentes, con los datos de los distintos puntos de luz: numeración, emplazamiento, características y marca de las luminarias, características y marca de las lámparas, así como un plano digitalizado donde se reflejen los cuadros de maniobra y los puntos de luz.

La contratista, en los escritos de 3 y de 21 de diciembre de 2021, adjuntó un anexo 1 consistente en un plano inventario de todos los puntos de luz existentes, y un anexo 2 que es un inventario resumen por calle de los mismos, que contiene dos columnas: una, de luminaria existente, en la que figura el número de lámparas que debían haberse sustituido por LED dentro del plazo de los 5,5 primeros meses del contrato; y otra columna, de la luminaria proyectada tipo LED.

También consta la aportación tanto de un plano llave de todo el municipio, como de los planos correspondientes a todos los sectores; planos que los informes técnicos dan por aportados y correctos.

Además, figura acreditado que ya facilitó al ayuntamiento mediante escrito registrado de entrada el 14 de diciembre de 2016, los nombres de usuario y claves para el acceso a las aplicaciones informáticas denominadas GISAL y CIMELUX. Se deduce, por tanto, que sí ha cumplido lo relativo al inventario informatizado. El informe del técnico jurídico de Contratación de 23 de marzo de 2022, da por cierto este aspecto, aunque advierte que la presentación fue fuera del plazo; y solo reprocha que en ese inventario informatizado *“faltarían por especificar aspectos fundamentales como son la potencia de los equipos, altura, partes de mantenimiento asociados, etc”*.

En consecuencia y valorando el material probatorio al respecto, este órgano consultivo estima que sí se ha aportado el inventario a que la contratista estaba obligada, teniendo en cuenta que esta aportación del inventario debía de hacerse después de finalizado el plazo de la

prestación principal de cinco meses y medio, pero no figura un plazo concreto estipulado previamente, y que se ha dado por buena la comunicación del inventario informatizado.

Por ello, no puede invocarse la falta de presentación de dicho inventario como causa de incumplimiento de toda la prestación P4 y de resolución del contrato. Y dado que se pone de manifiesto por el técnico, que en aquel faltan algunos datos y aspectos puntuales, lo que se desprende es que habría de completarse dicho inventario, pero no que haya habido un incumplimiento de ese aspecto.

c- Llegados a este punto del dictamen, pasamos a analizar el posible incumplimiento de la parte esencial de la prestación P4, es decir, la sustitución de los puntos de luz del alumbrado exterior del municipio por otros, que cumplan el reglamento de eficiencia energética, y ello en el plazo ofertado de cinco meses y medio.

El material probatorio al respecto es, en primer lugar, el informe de la técnica municipal de 16 de diciembre de 2021, en cuyo contenido se hace referencia a que *“se ha consultado con el ingeniero municipal”*, copiando las preguntas realizadas y las respuestas recibidas. Así, se pregunta si la *“prestación P4 está ejecutada conforme al PPT”* y la respuesta es *“se desconoce si la misma ha sido finalizada”*; en cuanto al certificado de 8 de mayo de 2015, el ingeniero que lo firmó señala que es un informe emitido a solicitud de la contratista *“y que no consta conformidad ni total ni parcial de la prestación P4 en el mismo”*, para terminar indicando lo que sí le consta que se ha realizado: 1.700 sustituciones de farol villa y 3.000 de viales sustituidas a LED.

De esto, deducimos que no hay constancia fehaciente del incumplimiento de la prestación P4 por la contratista.

En cuanto a los otros documentos del expediente, constan:

- Escrito de Elecnor con registro de entrada de 7 de mayo de 2015, en el que se informa del cumplimiento de la prestación P4 y de la forma en que se está actuando. De él podemos deducir claramente que la ejecución de la prestación estaba siendo cuando menos coordinada por los servicios técnicos municipales, y que a esa fecha todavía no se había cumplido en su totalidad. Así, se señala que ya se han cambiado *“en el tiempo establecido”* 1.700 luminarias villa, y 3.000 luminarias tipo vial. Se indica que respecto de lo que aún no se ha cambiado, que se ha dado una solución de *“seguir con la tecnología LED “seguida de cerca por los servicios técnicos”, que se seguirá con los estudios de las calles pendientes y que se sustituiría la luminaria completa una vez analizados los resultados y contrastados por los servicios técnicos y obtenida su aprobación”*.

- El certificado de 8 de mayo de 2015 con membrete del ayuntamiento, emitido y firmado por el mismo ingeniero técnico municipal del acta de replanteo, en el que se responde al escrito anterior de la empresa adjudicataria. Se dice respecto de la prestación P4 que es la realización de obras de mejora y renovación de las instalaciones de alumbrado público exterior, enfocadas al ahorro energético y al cumplimiento del reglamento. Y *“que desde la fecha de formalización del contrato, dentro del plazo de ejecución ofertado, se han llevado a cabo satisfactoriamente por parte de ELECNOR, S.A. la mejora y renovación del alumbrado público objeto del contrato, comprendiendo el suministro, instalación y puesta en funcionamiento de los equipos e instalaciones que fomenten el ahorro de la energía y la eficiencia energética, de conformidad con lo dispuesto en el Pliego”*.

Pues bien, a la hora de valorar ambos escritos, hemos de estar tanto a su literalidad como a su contexto, y ciertamente, se desprende que lo ejecutado hasta esa fecha de mayo de 2015 (esto es 1.700 luminarias villa, y 3.000 luminarias tipo vial) de la prestación P4, es correcto y ha sido aceptado como tal por el ayuntamiento.

Cuestión distinta es si se ha ejecutado en su totalidad la prestación P4.

Esto sentado, la otra prueba existente en el expediente es el informe del ingeniero técnico municipal de 15 de febrero de 2022. Lo más concreto a los efectos probatorios, es la referencia a la inspección realizada por los servicios técnicos municipales el mes anterior (enero de 2022), y sus datos, que aceptamos como ciertos: *“de los 7.925 puntos de luz que habían de cambiarse tras la firma del contrato, faltan 1.656 puntos por cambiar a la tecnología LED”* a esa fecha.

En consecuencia, sí constan sustituidos 6.269 puntos de luz y se ha ejecutado -según nuestro cálculo- un 79 % de la prestación P4.

- Además, hay que añadir a estos efectos probatorios, el informe aportado con el escrito de alegaciones, elaborado por un organismo independiente que concluye que lo actuado por la adjudicataria de la prestación P4 es adecuado y conforme con el reglamento de eficiencia energética. Sobre dicho informe pericial no se pronuncia el informe-propuesta de resolución.

Este órgano consultivo, lo valora y lo pone en relación con el escrito-certificado emitido de que lo ejecutado en su día que acreditaba que lo ejecutado de la prestación P4, es correcto.

En definitiva, podemos concluir que la prestación P4 (sustitución 7.925 puntos de luz) ha sido mayoritariamente cumplida por la contratista (6.269 puntos de luz) conforme a lo estipulado en el contrato relativo a la eficiencia energética; faltando 1.656 puntos de luz por sustituir. Es decir, transcurridos 8 años del plazo comprometido (que acababa el 1 de abril de 2014), un 21% del total de la prestación está aún pendiente de ejecutar.

Sobre si este incumplimiento (parcial) tiene virtualidad suficiente para resolver el contrato, nos lleva a la consideración jurídica siguiente.

CUARTA.- A la hora de determinar si ha lugar a la resolución del contrato por incumplimiento de la prestación contractual P4, además de lo ya indicado en cuanto a la prueba practicada, ha de tenerse en cuenta que el contrato comporta cinco prestaciones y tiene una duración de quince años, siendo en este periodo de tiempo cuando en 2022, el ayuntamiento ha instado su resolución.

Así las cosas, la citada prestación P4 había de ejecutarse en cinco meses y medio y por no reiterar lo ya señalado, el plazo finalizó en abril de 2014, siendo el último documento que figura en el expediente, el escrito de 7 de mayo de 2015 a modo de certificación de lo ejecutado.

Llama la atención que el ayuntamiento no se haya dirigido durante todo este tiempo a la contratista, hasta el último trimestre de 2021, e inste el procedimiento de resolución contractual en el año 2022; antes no consta un mínimo seguimiento del cumplimiento de dicha prestación más que en el mes de mayo de 2015.

De esta forma, podemos decir que el ayuntamiento quedaría vinculado por sus propios actos de los que se deduciría que en ocho años hay una conformidad con lo actuado hasta ese momento, o cuanto menos una situación de aquietamiento. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de julio de 2007 (recurso 721/2004)- señala *“La jurisprudencia ha aplicado reiteradamente la doctrina los actos propios en la esfera del Derecho administrativo, tanto en relación a la Administración como al administrado. En algunas ocasiones, ha mostrado la relevancia que la declaración de voluntad favorable al acto dispone para apreciar la existencia de un acto consentido y firme con la consiguiente inadmisión del recurso. La STS de 28 marzo 2006, con cita de la de 22 de septiembre de 2003, declara que es un principio general de Derecho el de que nadie puede ir contra sus*

propios actos, que supone que nadie puede negar en el proceso lo que tiene expresamente admitido y reconocido fuera de él, pues a esto se oponen los principios de la lealtad y de la buena fe que tienen plena acogida en el Título Preliminar del Código Civil, de aplicación general. Esta doctrina ha sido «aplicada habitualmente en derecho administrativo a las Administraciones Públicas e implica «la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum proprium"».

En este sentido, cabe recordar el ejercicio de los derechos conforme a las reglas de la buena fe, habiéndose generado una expectativa en la empresa adjudicataria del correcto cumplimiento de lo realizado de la prestación P4, en el año 2015. Además, resulta llamativo el cambio de criterio en 2022 sin motivación suficiente por parte del ingeniero municipal, respecto de lo informado por él en 2015. Y dado que los derechos deben ejercitarse tempestivamente, no se entiende por qué el ayuntamiento no hizo un seguimiento de la prestación del cambio de luminarias en todo el periodo comprendido entre mayo de 2015 y octubre de 2021; periodo en el que nada aparece al respecto en el expediente sobre la exigencia al contratista de la presentación del Plan de actuación o del inventario o de inspecciones de los más de seis mil puntos de luz, ni en general de la vigilancia mínima en el cumplimiento de una prestación que se reputa esencial en el contrato firmado en 2013.

En adición a ello, el incumplimiento de la prestación resulta solo parcial (de poco más de la cuarta parte) habiéndose ejecutado un 79% de la prestación, teniendo además, la contratista una actitud diligente en el cumplimiento de los requerimientos y en la aportación de la

documentación. Además, ha hecho un esfuerzo probatorio aportando un informe pericial de un organismo independiente, que prueba que lo actuado en el cambio de luminarias realizado es conforme al reglamento de eficiencia energética.

Por ello, entendemos que el incumplimiento parcial no tiene entidad suficiente para resolver un contrato, pudiendo el ayuntamiento, utilizar otros mecanismos jurídicos como puedan ser las penalidades. Es cierto que se ha acreditado que tras cinco meses y medio, no se ha cumplido el 100% de la prestación P4. Pero no lo es menos que el porcentaje que resta por cumplir un 21 % no puede etiquetarse de incumplimiento que haga perder al contrato su finalidad.

A mayor abundamiento, el contrato tiene cinco prestaciones y solo se invoca como incumplida una de ellas, por lo que la resolución del contrato sería desproporcionada.

Si analizamos un supuesto muy parecido al que nos ocupa ahora, en que por el Ayuntamiento de Móstoles se contrató la realización de actuaciones de suministro, servicios energéticos y mantenimiento integral con cinco prestaciones relativas al alumbrado público del municipio, el Dictamen 173/19, al que ya nos hemos referido, apreció la procedencia de la resolución del contrato porque la empresa no cumplió las obligaciones esenciales que le imponía el contrato e incurrió en las causas de resolución del artículo 223 d) y f) del TRLCSP: la demora en el cumplimiento de los plazos por la contratista y el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato.

Sin embargo, en ese supuesto se invocaban incumplimientos de casi todas las 5 prestaciones (y no de una sola como aquí sucede), el incumplimiento era total (y no parcial), y el grado de ejecución de las prestaciones esenciales era inferior al 50% (y aquí consta cumplida el 79% de la única prestación P4). Como botón de muestra, en ese caso, se habían instalado solo 161 detectores de presencia y sensores de luz

frente a los 1.265 a que se comprometió la empresa; y en cuanto a la eficiencia energética, de las 9.277 unidades de válvulas termostáticas comprometidas, solamente se instalaron 1.799 unidades.

Por ello, decíamos *“En este punto, la propia empresa reconoce haber realizado algunas de las prestaciones fuera del plazo de seis meses al que se comprometió y en cuanto a las realizadas reconoce haber ejecutado unos porcentajes en la mayoría de los casos inferiores al 50% respecto a lo previsto en el contrato”*.

En consecuencia, la doctrina de este órgano consultivo que es de aplicación es la señalada –entre otros- en el Dictamen 153/18, de 27 de marzo, en el que se concluía que no procedía la causa de resolución invocada por el Ayuntamiento de Alcalá de Henares porque no se daba un incumplimiento grave de lo pactado:

“(…) la Administración puede, al igual que recoge el artículo 1124 del Código Civil, optar por exigir el cumplimiento del contrato (por ejemplo, mediante la imposición de penalidades) o bien proceder a su resolución, posibilidad por la que deberá optar tan solo en casos de incumplimientos graves, como ya declaró el Tribunal Supremo en las sentencias de 16 de mayo de 1997 (recurso 12.105/1991) y 29 de mayo de 2000 (recurso 5639/1994).

Esa opción depende de la Administración que, con ella, ha de buscar que el incumplimiento contractual origine el menor daño posible al interés público –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de septiembre de 2003 (recurso 1892/1995)-.

Para la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de marzo de 2017 (recurso 1053/2016) la resolución requiere un incumplimiento grave, básico, en cuanto no se ejecuta la conducta en que consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato sin

que baste el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias. La sentencia concluye que la concurrencia de varios incumplimientos durante un extenso periodo pero que no afectan a la esencia de lo pactado no permite la resolución sino la adopción de medidas menos gravosas.

En su Sentencia de 8 de marzo de 2018 (recurso 921/2015) el Tribunal Superior de Justicia de Madrid recuerda la doctrina fijada en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2004 en cuanto a que: “(...) la resolución implica una extinción anticipada de un contrato perfeccionado, que constituye un modo anormal de terminación de la relación contractual por la concurrencia de alguna circunstancia en la vida del contrato que impide o hace inconveniente su prosecución hasta su extinción normal. (...) Ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato o haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista. O, dicho en otros términos, ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones, que no impidan por su entidad alcanzar el fin del contrato”.

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

CONCLUSION

No procede resolver el contrato de gestión indirecta del servicio público energético y mantenimiento de las instalaciones de alumbrado exterior en el municipio de Navalcarnero.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 25 de octubre de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 673/22

Sra. Alcaldesa de Navalcarnero

Pza. Francisco Sandoval, 1 – 28600 Navalcarnero