

Dictamen Núm. .287/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 24 de noviembre de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de esa Alcaldía de 30 de septiembre de 2022 -registrada de entrada el día 6 de octubre del mismo año-, examina el expediente relativo a la interpretación del contrato mixto de suministro de energía eléctrica, gestión energética y servicio de mantenimiento de las instalaciones de edificios municipales, semáforos y alumbrado exterior del Ayuntamiento de Ribadesella.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. A propuesta de la Jefa de Obras y Proyectos, y visto el informe de la Secretaría General, el Pleno en sesión celebrada el 1 de junio de 2022 acordó, por mayoría, iniciar el procedimiento de interpretación del contrato mixto de suministro de energía eléctrica, gestión energética y servicio de mantenimiento de las instalaciones de edificios municipales, semáforos y alumbrado exterior

del Ayuntamiento de Ribadesella, dando audiencia a la contratista por un plazo de 10 días hábiles.

La interpretación del acuerdo que se propone es la siguiente: "a) Ejecutar a su cargo la obra civil necesaria para corregir los defectos detectados en los informes de OCA de las instalaciones de alumbrado público (se adjunta listado de instalaciones al presente acuerdo como anexo 1), siempre que esos trabajos de obra civil no supongan un importe superior de 40.000 € al año./ b) Corregir los defectos indicados en los informes de OCA de las instalaciones de alumbrado público de más de 5 kW de potencia (se adjunta listado de instalaciones al presente acuerdo como anexo 2), y presentar la documentación necesaria ante la Consejería de Industria, siempre y cuando los defectos a subsanar formen parte del alcance de una legalización sobre una instalación ya existente y en funcionamiento y no supongan un importe superior de 40.000 € al año./ c) Legalizar las instalaciones de alumbrado público de menos de 5 kW (se adjunta listado de instalaciones al presente acuerdo como anexo 3), mediante la presentación de la documentación técnica necesaria a la Consejería de Industria y a subsanar los defectos necesarios para la misma, siempre y cuando los defectos sean parte del alcance de una legalización sobre una instalación ya existente y en funcionamiento y no supongan un importe superior de 40.000 € al año./ El desequilibrio económico del contrato en la prestación P2 se entiende aplicado en su conjunto a lo indicado en los tres párrafos anteriores, es decir, el importe máximo contemplado como límite para el desequilibrio económico del contrato será de 40.000 €./ d) Remitir al Departamento de Obras y Servicios en papel y en digital copia de todos los documentos y OCAS actualizados de todos los cuadros de mando del Concejo".

2. Notificada esta Resolución a la adjudicataria, con fecha 1 de julio de 2022 el representante de la entidad presenta en el Registro Electrónico un escrito en el que pone de manifiesto los "errores" que entiende obran en la propuesta de acuerdo realizada por el responsable del contrato, y que consisten en incluir la

mención de que la nueva interpretación no suponga un desequilibrio económico en la prestación P2 de mantenimiento.

3. El día 19 de julio de 2022 se emite por la responsable del contrato un informe sobre las cuestiones planteadas por la adjudicataria. Tras su análisis concluye que, “en relación al punto segundo, apartados a, b y c, no se aprecia cambio en el sentido del acuerdo”.

Respecto al apartado d) del punto segundo, indica que debería decir: “remitir al Departamento de Obras y Servicios en papel y en digital:/ 1. Copia de todos los documentos actualizados de todos los cuadros de mando del concejo./ 2. OCAS para los que lo requieran legalmente”.

En cuanto al punto tercero, considera que “el cambio tiene (...) relevancia porque la interpretación del Ayuntamiento produce un cierto automatismo” ya que “el no cumplimiento de las obligaciones del punto 1 supondría el inicio de un procedimiento de penalidad” y en el escrito de la contratista “es una mera posibilidad, y lo que se pretende con el procedimiento de interpretación es acotar proporcionalmente un incumplimiento del contrato” por parte de la adjudicataria. Por tanto, se propone la siguiente redacción para el punto tercero “si (...) cumple las obligaciones del punto primero, el Ayuntamiento no iniciará procedimiento de penalidades por incumplimiento de contrato por los mismos hechos que motivaron las Resoluciones de Alcaldía 488/2019, 669/2019 y 624/2019”.

4. Con fecha 21 de septiembre de 2022, el Secretario General emite un informe-propuesta en el asume la interpretación del contrato formulada por la responsable del mismo.

5. El día 22 de septiembre de 2022 el Interventor municipal, “a la vista de lo expuesto y del expediente examinado (...), emite informe favorable”.

6. Mediante oficio del Alcalde del Ayuntamiento de Ribadesella de 30 de septiembre de 2022, se acuerda recabar el preceptivo dictamen al Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Consta en el expediente que el 4 de octubre de 2022 se notifica esta resolución a la empresa contratista.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de septiembre de 2022, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa a la interpretación del contrato mixto de suministro de energía eléctrica, gestión energética y servicio de mantenimiento de las instalaciones de edificios municipales, semáforos y alumbrado exterior, objeto del expediente núm., adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

ÚNICA.- El Alcalde del Ayuntamiento de Ribadesella, invocando lo establecido en el artículo 17, apartado b), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo, en relación con el artículo 40.1, letra b), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, que disponen, respectivamente, que "Podrán solicitar dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias: (...) Los titulares de las Presidencias de las entidades locales en los supuestos en que preceptivamente vengán establecidos por la legislación a la que hayan de sujetarse", solicita la intervención preceptiva de este Consejo en relación con un procedimiento de interpretación del contrato mixto de suministro de energía eléctrica, gestión energética y servicio de mantenimiento de las instalaciones de edificios municipales, semáforos y alumbrado exterior.

La solicitud de dictamen preceptivo se formula en atención a lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k) -reclamaciones de responsabilidad patrimonial-, de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, del Consejo Consultivo. Ahora bien, entendemos que se trata de un error y que la intención del Consistorio es solicitar la intervención de este órgano en el procedimiento de interpretación contractual al amparo de lo dispuesto en la letra n) del citado precepto, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, a cuyo tenor “El Consejo Consultivo del Principado de Asturias será consultado preceptivamente en los (...) asuntos o expedientes” relativos a la “Aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos, cuando se formule oposición por parte del contratista, y las modificaciones de los mismos en los supuestos que proceda según lo dispuesto en la legislación de contratación administrativa”. La consulta planteada se refiere al expediente de interpretación del contrato mixto de suministro de energía eléctrica, gestión energética y servicio de mantenimiento de las instalaciones de edificios municipales, semáforos y alumbrado exterior, incoado por acuerdo del Pleno en sesión celebrada el 1 de junio de 2022, y sus términos se circunscriben a la interpretación de la cláusula novena, apartado 2, del pliego de prescripciones técnicas ante los incumplimientos en este punto por parte de la adjudicataria que motivaron la imposición de penalidades, si bien estos fueron anulados en vía judicial por invadir las competencias del órgano de contratación.

De los antecedentes que obran en el expediente remitido se deduce que el Pleno del Ayuntamiento, en sesión celebrada el 11 de marzo de 2014, acordó adjudicar el referido contrato. En el punto 9.2 del pliego de prescripciones técnicas se establece que “Las correcciones indicadas por la OCA serán en su totalidad por cuenta del adjudicatario independientemente de si las deficiencias se produjeron *a priori* o *a posteriori* de la adjudicación del contrato, al igual que el coste de la asistencia técnica, tanto para instalaciones de alumbrado como

edificios y servicios". Ahora bien, como se indica en el informe de Secretaría de 19 de mayo de 2022, la obligación objeto de la interpretación "fue incluida a mitad del plazo de presentación de ofertas en la licitación, sin modificar el estudio económico-financiero", y razona que "si el incumplimiento del adjudicatario es evidente, también lo es la no consideración del equilibrio económico-financiero del contrato en el momento que se rectificó el pliego de prescripciones técnicas particulares. Si el órgano de contratación acogiera la interpretación que se propone, ambas situaciones podrían quedar solventadas".

Por ese motivo el Ayuntamiento pretende llegar a un entendimiento con la adjudicataria del contrato en orden a evitar futuros incumplimientos mediante una interpretación conforme de la cláusula 9.2, "Prestación de mantenimiento P-3 OCA eléctrica". Para ello elabora un acuerdo que, además de la interpretación de la cláusula 9.2 del pliego de prescripciones técnicas propiamente dicha, contiene dos apartados adicionales relativos al plazo de ejecución del propio acuerdo, que se fija en "en un plazo máximo de 8 meses desde la fecha de firma de este acuerdo, siempre que no existan causas ajenas a 'X' que lo imposibiliten y siempre antes del transcurso de 12 meses a la ejecución del punto segundo de esta propuesta", y al incumplimiento de este acuerdo, indicando que "si 'X' cumple las obligaciones del punto primero, el Ayuntamiento no iniciará procedimiento de penalidades por incumplimiento de contrato por los mismos hechos que motivaron las Resoluciones de Alcaldía 488/2019, 669/2019 y 624/2019".

En cuanto a la interpretación de la cláusula contractual controvertida, se indica que "la interpretación del acuerdo será:/ "a) Ejecutar a su cargo la obra civil necesaria para corregir los defectos detectados en los informes de OCA de las instalaciones de alumbrado público (se adjunta listado de instalaciones al presente acuerdo como anexo 1), siempre que esos trabajos de obra civil no supongan un importe superior de 40.000 € al año./ b) Corregir los defectos indicados en los informes de OCA de las instalaciones de alumbrado público de más de 5 kW de potencia (se adjunta listado de instalaciones al presente

acuerdo como anexo 2), y presentar la documentación necesaria ante la Consejería de Industria, siempre y cuando los defectos a subsanar formen parte del alcance de una legalización sobre una instalación ya existente y en funcionamiento y no supongan un importe superior de 40.000 € al año./ c) Legalizar las instalaciones de alumbrado público de menos de 5 kW (se adjunta listado de instalaciones al presente acuerdo como anexo 3), mediante la presentación de la documentación técnica necesaria a la Consejería de Industria y a subsanar los defectos necesarios para la misma, siempre y cuando los defectos sean parte del alcance de una legalización sobre una instalación ya existente y en funcionamiento y no supongan un importe superior de 40.000 € al año./ El desequilibrio económico del contrato en la prestación P2 se entiende aplicado en su conjunto a lo indicado en los tres párrafos anteriores, es decir, el importe máximo contemplado como límite para el desequilibrio económico del contrato será de 40.000 €./ d) Remitir al Departamento de Obras y Servicios en papel y en digital copia de todos los documentos y OCAS actualizados de todos los cuadros de mando del concejo”.

Por su parte el representante de la adjudicataria, en el escrito de alegaciones presentado el 1 de julio de 2022, “manifiesta su oposición a la propuesta de interpretación (...) realizada por el servicio responsable del contrato” y, a renglón seguido, sostiene que “es voluntad” de la mercantil “alcanzar un acuerdo con el Ayuntamiento de Ribadesella en cuanto a la interpretación del contrato referido para solventar las desavenencias existentes”. Así, ofrece una nueva redacción para el punto segundo, apartados a), b) y c), de la proposición municipal, incluyendo un inciso en el sentido de que tales compromisos no supongan “un desequilibrio económico en la prestación P2 de mantenimiento, es decir, no supongan un importe superior a 40.000 € en total”. También añade un párrafo al final del apartado c) indicando que, “en todo caso, para que ‘X’ realice las prestaciones señaladas en los tres puntos anteriores, el Ayuntamiento se obliga a asumir el importe que sobrepase de los 40.000 €”. En relación con ello, la responsable del contrato en el informe

elaborado para analizar la propuesta de la adjudicataria no aprecia cambio en el sentido del acuerdo, y asume esta redacción incluyéndola en la propuesta final de la interpretación del acuerdo.

En el apartado d) la contratista matiza que se remita copia de las OCAS “para los cuadros que lo requieran legalmente”, lo que también se acepta por la responsable del contrato.

Asimismo, en el informe-propuesta librado por la Secretaría municipal el 21 de septiembre de 2022 se produce una estimación de la totalidad de las alegaciones planteadas por la contratista en lo que se refiere al apartado segundo del acuerdo; es decir, a la interpretación de la cláusula relativa a la prestación de mantenimiento para corregir los defectos detectados en los informes del OCA de las instalaciones de alumbrado público (cláusula 9.2 del pliego de prescripciones técnicas).

Finalmente, respecto al punto tercero del acuerdo, sobre el incumplimiento de obligaciones, la mercantil considera que donde dice “el Ayuntamiento no iniciará procedimiento de penalidades” debería decir “si (...) incumple (...) el Ayuntamiento queda facultado, si lo estima oportuno, a acordar el inicio de un procedimiento de penalidades por incumplimiento”. Al respecto, la responsable del contrato sostiene que “el cambio tiene (...) relevancia” ya que “la interpretación del Ayuntamiento produce un cierto automatismo porque el no cumplimiento de las obligaciones del punto 1 supondría el inicio de un procedimiento de penalidad” y en el de la adjudicataria “es una mera posibilidad, y lo que se pretende con el procedimiento de interpretación es acotar proporcionalmente un incumplimiento del contrato” por parte de aquella. En consecuencia, mantiene la redacción inicial propuesta en este punto. En el mismo sentido se pronuncia la Secretaría municipal cuando defiende que “la redacción propuesta por el adjudicatario no es inocente. Tenemos que recordar que el presente procedimiento de interpretación se tramita después de haber sido anulada por incompetencia la imposición de penalidad. Es, de alguna manera, una nueva oportunidad para lograr un entendimiento entre

Administración y contratista y cumplir los fines del contrato sin que exista ningún riesgo de afectar al equilibrio económico-financiero. Pero si incumple de nuevo, la imposición de penalidades no puede ser una mera posibilidad sino una obligación de la Administración”.

Centrado el asunto en los términos expuestos, el estudio de la documentación remitida nos permite concluir que el Ayuntamiento y la mercantil han logrado alcanzar un acuerdo respecto a la interpretación de la cláusula 9.2, “Prestación de mantenimiento P-3 OCA eléctrica”, pese a que la adjudicataria inicialmente manifestase su posición a la propuesta de interpretación municipal, reduciéndose las discrepancias entre las partes al punto tercero del acuerdo relativo al incumplimiento del mismo; cuestión esta que excede la intervención de este Consejo en el procedimiento de interpretación contractual que nos atañe. Y ello porque el contenido de este apartado en nada afecta a la interpretación que debe hacerse del clausulado del pliego de prescripciones técnicas, sino que encierra las consecuencias de un eventual incumplimiento de este nuevo acuerdo que pretenden suscribir las partes cuyos efectos deberán resolverse, en su caso, en los términos que establece la legislación contractual.

En la medida en que la oposición de la contratista condiciona el carácter de la consulta, consideramos que este Consejo no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto si falta el presupuesto subjetivo que convierte la misma en preceptiva; esto es, la acreditación de que la adjudicataria se opone a la pretensión del órgano consultante. Lo anterior conduce a la conclusión de que no procede la intervención preceptiva que se insta de este Consejo Consultivo al haberse resuelto el conflicto planteado en torno a la interpretación de la cláusula 9.2 del pliego de prescripciones técnicas.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, de acuerdo con lo señalado en el cuerpo del presente dictamen,

no procede la intervención preceptiva de este órgano para dictaminar, toda vez que el contratista no se ha opuesto a la interpretación formulada por el Ayuntamiento.”

V. I., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

ILMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE RIBADESELLA.