33444404N MARÍA MO
09/02/2022 08:19:42 I
Firmante:
CN=33444404N MARÍA MORAL (
C=ES
O=SERVICIOS DE LA COMARC/
2.5.4.42=MARÍA
Llave publica:

Mancomunidad Comarca de Pamplona
Iruñerriko Mankomunitatea

Servicios de la Comarca de Pamplona s.a.
Iruñerriko Zerbitzuak e.a.

Gral. Chinchilla nº 7
31002
PAMPLONA-IRUÑA
mcp@mcp.es

C.I.F.: A 31 118441
Tel: 901 502 503
Fax: 948 423 230
www.mcp.es

INFORME JURÍDICO SOBRE LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO "SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA VERDE" LOTE 1 Y 2. EXPEDIENTE 2019/SCON-ASU/000009.

ANTECEDENTES

Por Acuerdo del Consejo de Administración de SCPSA, de 26 de marzo de 2019 se adjudicó el lote 1 y el lote 2 del contrato "Suministro de energía eléctrica verde. Expediente 2019/SCON-ASU/000009" a la empresa Aura Energía, S.L. por un importe de 572.000,57 €/anuales IVA excluido para el lote 1 y por un importe 478.512,32 €/anuales IVA excluido para el Lote 2.

El 30 de abril de 2019 se procedió a la firma de los correspondientes contratos con la empresa Aura Energía, S.L. En el apartado tercero del citado contrato, y conforme al pliego de condiciones que rige dicha contratación, se exponía:

"La duración del contrato será de un año contado a partir del 1 de mayo de 2019. El contrato podrá ser prorrogado de año en año hasta un máximo de cuatro nuevas anualidades, previo acuerdo expreso por ambas partes, con una antelación mínima de 5 meses antes de que acabe la vigencia del contrato."

De conformidad con lo expuesto, los dos lotes del contrato han sido objeto de dos prórrogas, la última por acuerdo del Consejo de Administración de 30 de octubre de 2020, por lo que el actual contrato finaliza el próximo 30 de abril de 2022.

Con fecha 23 de noviembre se recibió carta de Aura Energía S.L. en la que comunican a SCPSA la suspensión de la ejecución del contrato con efectos inmediatos procediendo al traslado de los diferentes puntos de suministro de electricidad a la correspondiente Compañía Comercializadora de Referencia.

Tal y como señalan en su comunicación, *la suspensión de la ejecución del Contrato resulta de la incapacidad definitiva de nuestra compañía de continuar el suministro debido al sobrevenido, súbito y desproporcionado incremento experimentado en los últimos meses precio de la electricidad en el mercado mayorista, determinante de un desequilibrio contractual insostenible que, debido a su persistencia en el tiempo y a falta de indicio alguno de que permita prever, a corto y medio plazo, una vuelta a los niveles de precios vigentes al tiempo de licitarse el Contrato, hacen hoy imposible para nuestra compañía cumplir con sus obligaciones a los precios pactados, lo que nos conduce indefectiblemente a la situación que, a través de la presente les anunciamos.* En consecuencia, consideran que *la suspensión del suministro resulta obligada por la subsistencia de la tendencia extraordinariamente alcista del precio de la electricidad, sobrevenida tras la formalización del Contrato, y absolutamente imprevisible en el momento de su licitación tanto para Uds., como para nuestra compañía, habrá de llevar, indefectiblemente,*

Firmante: MARÍA MORAL GURREA
Documento firmado digitalmente. Firmado el 09/02/2022 9:19:42
Empresa: SERVICIOS DE LA COMARCA DE PAMPLONA S.A.
Puesto: RECURSOS
Documento página: 1 de 7 Páginas

Firmante: MARÍA MORAL GURREA

al inicio de un expediente de resolución del contrato por la causa prevista en el art. 211.1.g) LCSP, sin responsabilidad del contratista, anticipándoles, desde ahora y por la presente, que, en su caso, nos opondremos a toda propuesta de resolución amparada en cualquiera otra causa.

Con fecha 14 de enero, por el Director del Ciclo Integral del Agua, se ha emitido informe en el que se propone:

1. *Resolver el contrato del Lote 1 y Lote 2 "Suministro de energía eléctrica verde. Expediente2019/SCON-ASU/000009" con la empresa Aura Energía S.L. por suspensión unilateral del contrato imputable al contratista.*

2. *Cuantificar los daños y perjuicios causados a SCPSA en 43.818,32€, suponiendo un mes de contratación a través de la Comercializadora de referencia y con los consumos estimados, y en 15.627,09€ la indemnización en el caso que Aura Energía S.L. no proporcione la acreditación de la redención de garantías de origen.*

3. *Incautar las garantías constituidas por Aura Energía S.L. por importes de 22.880,02€ en el lote 1 y 19.140,09€ en el lote 2 para cubrir los daños y perjuicios inicialmente estimados.*

4. *Retener del abono de las facturas emitidas por Aura Energía S.L. un importe de 19.168,16€ al ser insuficiente el importe de la garantía para cubrir el importe de indemnización estimada, de tal forma que, una vez determinado el importe exacto de la indemnización en base a los consumos registrados, se regularizará el abono retenido. Se ha incrementado la retención un 10% para cubrir la estimación de consumos.*

5. *Dar audiencia al contratista y al avalista para que en el plazo de diez días naturales aleguen lo que a su derecho convengan*

El informe del Director del Ciclo Integral del Agua fue comunicado a Aura Energía S.L. y a la avalista Asefa Seguros concediéndole un plazo de alegaciones de 10 días. Notificada la propuesta con fecha 19 de enero y transcurrido el plazo de alegaciones no han presentado ninguna.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. APRECIACIÓN DE LA CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Los efectos y extinción de los contratos de SCPSA, en cuanto entidad sujeta a la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos de Navarra, en adelante LFCP, en su condición de poder adjudicador que no tiene la consideración de Administración Pública (artículos 34 y 35 de la LFCP), se rigen por el derecho privado. Así lo dispone el artículo 34.2 de la LFCP:

"…2. El régimen jurídico de los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no reúnan la condición de Administración Pública será el siguiente:

a) En cuanto a su preparación y adjudicación, los contratos se regirán por esta ley foral.
b) En lo relativo a efectos y extinción les serán de aplicación las normas de Derecho Privado, salvo lo establecido en esta ley foral sobre condiciones especiales de ejecución, modificación y subcontratación…"

Documento firmado digitalmente. Firmado el 09/02/2022 9:19:42 Puesto: RECURSOS
Empresa: SERVICIOS DE LA COMARCA DE PAMPLONA S.A.

Firmante: MARÍA MORAL GURREA

Por lo tanto, las causas de resolución de los contratos, así como los efectos de la misma, serán los determinados en las condiciones reguladoras del contrato.

El punto B.14 del pliego regulador de este contrato establece las causas de resolución del mismo

Este contrato podrá ser objeto de resolución cuando concurra alguna de las siguientes causas:

a. La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, salvo que se acuerde la continuación del contrato con sus herederos o sucesores. En los casos de fusión, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la empresa se entenderá subrogada en los derechos y deberes del contratista la entidad resultante o beneficiaria siempre que conserve la solvencia requerida para la formalización del contrato.

b. La declaración de insolvencia en cualquier procedimiento y, en caso de concurso, la apertura de la fase de liquidación, salvo que, en este último caso, el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de la Administración para la ejecución del mismo.

c. El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista, siempre que no concurra otra causa de resolución imputable al contratista y razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

d. La falta de constitución de garantías cuando éstas sean obligatorias.

e. La falta de ejecución en plazo cuando este tenga carácter esencial.

f. Cuando las penalidades aisladas o conjuntamente alcancen el 20% del importe de adjudicación del contrato.

g. El incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato, reguladas en el artículo 66 de la LFC.

h. La demora en el pago por parte de SCPSA durante más de 8 meses cuando lo solicite el contratista.

i. El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores y trabajadoras que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento grave de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores y trabajadoras también durante la ejecución del contrato.

j. El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.

k. El mantenimiento prolongado de conflictos laborales o el ejercicio mantenido del derecho de huelga por los trabajadores y trabajadoras que prestan el contrato, y que impidiese la correcta ejecución contractual.

l. Las que se establezcan expresamente en el contrato.

m. Las demás señaladas en la LFC para cada tipo de contrato.

Documento firmado digitalmente. Firmado el 09/02/2022 9:19:42 Puesto: RECURSOS
Empresa: SERVICIOS DE LA COMARCA DE PAMPLONA S.A.
Documento página: 3 de 7 Páginas

Firmante: MARÍA MORAL GURREA

El informe del Director del Ciclo Integral de Agua fundamenta la resolución del contrato en la suspensión unilateral de la ejecución del contrato, traspasando los contratos formalizados con SCPSA a una comercializadora de referencia.

El pliego recoge como objeto del contrato el suministro de energía eléctrica verde en alta y baja tensión de todos los puntos de suministro de Servicios de la Comarca de Pamplona S.A., conforme al alcance y condiciones técnicas recogidas en el Anexo III del mismo.
Igualmente, el punto 1 de las condiciones técnicas recogidas en el Anexo III indica:

El Adjudicatario deberá asegurar el suministro de energía eléctrica verde demandada por los puntos de suministro de SCPSA durante el Periodo de Vigencia del Contrato, de acuerdo con las condiciones resultantes de la adjudicación, aunque dicha demanda difiera de las condiciones definidas en el presente Pliego.

A la vista del propio objeto del contrato y de la obligación de ejecutarlo durante todo el periodo de vigencia del mismo (el contrato finaliza el 30 de abril del 2022) la renuncia manifestada por el contratista a continuar con la prestación objeto del contrato, supone un incumplimiento de tal carácter que no ofrece duda sobre su consideración como esencial.

Así lo señala el Consejo de Estado en su Dictamen 602/2013, de 26 de junio, *"no ofrece dificultad alguna concebir como obligación esencial de la contratista la ejecución de los trabajos descritos y presupuestados ni, por ende, reputar como incumplimiento de tales obligaciones la negativa manifestada por la adjudicataria a realizar las obras de reparación por las que decidió libremente licitar."* Si bien se refería a un contrato de obras, su conclusión resulta plenamente aplicable al presente caso.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de octubre de 1999 señalaba que *"a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución lo determinante debe ser que afecte a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación".*

Al respecto, tiene perfecta aplicación lo dispuesto en el artículo 1124 de Código Civil, al decir, en su párrafo primero que *"la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe".*

Por lo tanto, la suspensión unilateral del suministro de energía eléctrica verde contratado, constituyen un incumplimiento de una obligación esencial del contrato y por lo tanto, causa de resolución del mismo.

Por otra parte, el informe del responsable del contrato califica el incumplimiento del contrato como imputable al contratista, desestimando la argumentación contenida en la carta de Aura Energía en la que justifica su suspensión en el sobrevenido, súbito y desproporcionado incremento del precio de la electricidad en el mercado mayorista. En este sentido, el informe del Director del Ciclo Integral del Agua expone, motivándolo en el pliego que rige esta contratación, como dicha justificación carece de fundamento, ya que este contrato se celebró en la modalidad precio indexado a OMIE, lo que supone la repercusión del coste de la energía en el mercado mayorista a SCPSA.

En consecuencia, tal y como se concluye en el informe, esta modalidad de precio indexado supone una limitación del principio de riesgo y ventura del contratista que implica que sea SCPSA la que asuma las variaciones del precio de la electricidad en el mercado mayorista. Por lo que, habiendo previsto SCPSA en su contrato esta medida para garantizar que la continuidad del

Documento firmado digitalmente. Firmado el 09/02/2022 9:19:42 Puesto: RECURSOS
Empresa: SERVICIOS DE LA COMARCA DE PAMPLONA S.A.
Documento página: 4 de 7 Páginas

Firmante: MARÍA MORAL GURREA

contrato no se viera afectada por una situación sobrevenida como la actual, la suspensión unilateral del contrato por parte de Aura Energía SL., supone un incumplimiento contractual imputable al mismo.

Por lo expuesto, no puede atenderse a la solicitud de Aura Energía de aplicar como causa de resolución del contrato el artículo 211.1.g) de la Ley de Contratos del Sector Público:

g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

No puede tomarse en consideración la causa propuesta por la empresa adjudicataria, en primer lugar, por no resultar aplicable dicha normativa a este contrato, al regirse por la Ley Foral 2/2018 de Contratos Públicos de Navarra y en segundo lugar, por no darse el supuesto previsto en dicho artículo por las condiciones en las que se ha adjudicado este contrato, que no implican la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, como se ha explicado en el informe por el que se propone la resolución de este contrato.

2. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato, el punto B.15 del pliego regulador del mismo señala:

Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la entidad contratante, lo que se determinará en resolución motivada atendiendo a la existencia, entre otros factores, de un retraso en la inversión proyectada o en la prestación del servicio a terceros o al público en general y los mayores gastos que se imputen a los fondos públicos. Cuando se hayan constituido garantías para el cumplimiento de obligaciones, éstas serán incautadas en la cuantía necesaria para cubrir los daños y perjuicios que se hayan acreditado. Si éstas resultasen insuficientes SCPSA podrá detraer los importes correspondientes de las cantidades de pago pendientes al contratista.

En el informe del Director del Ciclo Integral del Agua se concretan los daños y perjuicios que la renuncia de Aura Energía a la ejecución del contrato causan a SCPSA, estimándose en 43.818,63 € a los que se añaden 15.627,09 €, por el posible incumplimiento de la obligación de remitir anualmente a SCPSA la acreditación que se dispone de la redención de Garantías de Origen de la energía suministrada. No obstante, se señala que el valor real de los daños ocasionados a SPCSA se conocerá con la recepción de las facturas del Comercializador de Referencia y las facturas del contrato transitorio con Syder Comercializadora Verde S.L., que a fecha del informe todavía no se han emitido en su totalidad.

Por su parte, tal y como señala el punto B.15 transcrito, cuando se hayan constituido garantías para el cumplimiento de obligaciones, éstas serán incautadas en la cuantía necesaria para cubrir los daños y perjuicios que se hayan acreditado. Si éstas resultasen insuficientes SCPSA podrá detraer los importes correspondientes de las cantidades de pago pendientes al contratista.
En este caso las garantías que procede incautar constituidas por Aura Energía, en el lote 1 ascienden a 22.880,02 € y en lote 2 a 19.140,09 €, y resultando insuficientes para cubrir los daños estimados, el informe del Director del Ciclo Integral del Agua propone retener del abono de las facturas emitidas por Aura Energía S.L. un importe de 19.168,16€, de tal forma que, una

Documento firmado digitalmente. Firmado el 09/02/2022 9:19:42 Puesto: RECURSOS
Empresa: SERVICIOS DE LA COMARCA DE PAMPLONA S.A.
Documento página: 5 de 7 Páginas

vez determinado el importe exacto de la indemnización en base a los consumos registrados, se regularizará el abono retenido.

Una vez resuelto el contrato, el punto B. 15 continúa diciendo:

Acordada la resolución del contrato, la Administración correspondiente podrá adjudicar lo que reste del mismo a la empresa o profesional que en la licitación quedó en segundo lugar, y, en caso de renuncia de esta, a quienes la siguieron en el orden de clasificación.

En consecuencia, otro de los efectos de la resolución del contrato será la posible adjudicación de lo que resta del mismo a quién quedó en segundo lugar en el presente procedimiento de contratación, en este caso, Syder Comercializadora Verde S.L.

3. PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Como se ha puesto de manifiesto, la resolución de los contratos de SCPSA, no está sujeta a la LFCP. No obstante, en lo que se refiere al procedimiento para su declaración, con el fin de ofrecer las máximas garantías tanto a la empresa adjudicataria como a su entidad avalista, se ha optado por seguir el procedimiento que el artículo 160 de la LFCP establece:

3. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación de oficio o, en su caso, a instancia del contratista, con arreglo al siguiente procedimiento:

a) Audiencia del contratista durante un plazo de diez días, cuando el procedimiento se incoe de oficio.

b) Audiencia durante el plazo de diez días de los demás interesados. En los contratos en los que se haya exigido una garantía formal, se deberá dar audiencia al avalista o asegurador cuando se proponga la incautación de la fianza.

c) Informe de los servicios jurídicos del órgano de contratación

A tal efecto, se ha dado traslado del informe del Director del Ciclo Integral del Agua, en el que se propone la resolución del contrato y la incautación de la garantía, tanto a Aura Energía S.L. como a la su avalista, Asefa Seguros, concediéndole un plazo de alegaciones de 10 días. Transcurrido el plazo de alegaciones no han presentado ninguna.

En cuanto a la competencia para acordar la resolución del contrato, el Consejo de Administración de SPCSA celebrado el 30 de noviembre de 2021, acordó delegar en la Dirección-Gerencia la resolución de los lotes 1 y 2 del contrato "Suministro de energía eléctrica verde. Expediente 2019/SCON-ASU/000009" así como los demás trámites que impliquen la nueva adjudicación.

EN CONCLUSIÓN:

Se considera procedente elevar a la Dirección-Gerencia de SCPSA la resolución del contrato "Suministro de energía eléctrica verde. Expediente 2019/SCON-ASU/000009" lote 1 y lote 2 con la empresa Aura Energía S.L. por incumplimiento imputable al contratista de las obligaciones esenciales del contrato, en los términos establecidos en el informe del Director del Ciclo Integral del Agua de 14 de enero de 2022.

Documento firmado digitalmente. Firmado el 09/02/2022 9:19:42
Empresa: SERVICIOS DE LA COMARCA DE PAMPLONA S.A. Puesto: RECURSOS
Documento página: 6 de 7 Páginas
Firmante: MARÍA MORAL GURREA

Asimismo, es posible iniciar los trámites para la adjudicación a la mayor brevedad posible de lo que resta de contrato a la empresa que en la licitación quedó en segundo lugar, Syder Comercializador Verde S.L. y, en caso de renuncia de esta, proceder a una nueva licitación.

Firmante: MARÍA MORAL GURREA

Documento firmado digitalmente. Firmado el 09/02/2022 9:19:42 **Puesto:** RECURSOS
Empresa: SERVICIOS DE LA COMARCA DE PAMPLONA S.A.
Documento página: 7 de 7 Páginas