



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 6 5 6 / 2 0 1 0

(Sección 2ª)

La Laguna, a 27 de septiembre de 2010.

Dictamen solicitado por el Ilmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puerto de La Cruz en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio para la declaración de nulidad del acto de la Alcaldesa, de 29 de mayo de 2009, sobre interpretación del contrato de gestión del servicio de energía eléctrica adjudicado a la empresa D.E.P.C., S.A. (EXP. 700/2010 RO)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Alcalde del Ayuntamiento del Puerto de la Cruz, es la *"Propuesta de Resolución formulada en el procedimiento de revisión de oficio del acto de la Alcaldesa de 29 de mayo de 2009 relativo a la interpretación del contrato de gestión del servicio eléctrico adjudicado a la empresa D.E.P.C., S.A."*.

2. La preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo para emitirlo y la legitimación del Alcalde para solicitarlo resultan de los arts. 11.1.D.b) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 102.1, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, LRJAP-PAC.

3. El acto que se pretende revisar es un acto firme al que se le imputa el vicio de nulidad de pleno Derecho tipificado en el art. 62.1.b) LRJAP-PAC. En el procedimiento de revisión se le ha dado trámite de audiencia a la sociedad mercantil

* PONENTE: Sr. Fajardo Spínola.

interesada. No existen irregularidades formales que impidan un Dictamen sobre el fondo.

4. El Dictamen, conforme al art. 102.1 LRJAP-PAC, en caso de ser favorable habilita a proceder a la declaración de nulidad pretendida; si es desfavorable a ésta, la impide.

II

Los antecedentes para el examen de la declaración de nulidad que se persigue son los siguientes:

1. El Pleno del Ayuntamiento del Puerto de la Cruz adjudicó el 1 de diciembre de 1997 el contrato de concesión del servicio de suministro de energía eléctrica en su término municipal a la sociedad mercantil D.E.P.C., S.A., constituida por escritura pública otorgada ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria J.M.D.L. el 9 de octubre de 1997, con el número 2.232 de su protocolo.

2. El contrato se formalizó el 30 de diciembre de 1997.

3. El objeto del contrato lo constituía la gestión indirecta del servicio de suministro de energía eléctrica en el término municipal del Puerto de la Cruz, de acuerdo con lo establecido en el Título VIII de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, normas complementarias "*y aquellas que las sustituyan*" (Cláusula IIª del contrato, cláusulas Iª y IIª de su Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, PCAP).

4. La concesión tenía un plazo de cincuenta años (Cláusula IVª del contrato y Cláusula Vª PCAP).

5. El canon a satisfacer por todo el período de la concesión ascendía a siete mil millones de pesetas (equivalentes a 42.070.847,30 euros) que la adjudicataria abonó antes de la formalización del contrato (Cláusula IIIª del Contrato en relación con la Cláusula XVIIIª PCAP).

6. La concesionaria estaba obligada a establecer y equipar en el municipio una oficina para la atención a los usuarios. En el caso de que por los cambios tecnológicos la oficina resultase innecesaria, la contratista, previa autorización del Ayuntamiento, adoptaría todas las medidas necesarias para mantener misma calidad en la atención a los usuarios [Cláusulas IIª, III, B) y XIIª. II PCAP].

7. La inspección, control y exigencia del cumplimiento de los servicios corresponde al Alcalde o persona en quien delegue, sin perjuicio de las facultades de

inspección y control que corresponden a los servicios técnicos municipales y a la Intervención municipal (Cláusula XIXª PCAP).

8. D.E.P.C., S.A. dirigió a la Alcaldesa un escrito, datado el 24 de mayo de 2009, comunicando al Ayuntamiento que, en virtud de la Ley 17/2007, de 4 de julio, de modificación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, LSE y del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica (en adelante citado como RDSUR), a partir del 1 de julio de 2009;

a) Su actividad se limitarían a construir, mantener y operar las instalaciones de distribución de energía eléctrica para situarla en los puntos de consumo.

b) El suministro de electricidad a los consumidores correspondería a los comercializadores con los que aquéllos eligieran contratar.

c) Los clientes finales que no contrataran con una empresa comercializadora serían suministrados por el comercializador de último recurso correspondiente a la zona, la entidad mercantil E.E.XXI, S.L.

El escrito terminaba rogando la anuencia de la Alcaldesa a fin de tramitar el traspaso de clientes a la entidad mercantil designada en las fechas y plazos establecidos normativamente.

9. El 29 de mayo de 2009 la Alcaldesa contestó mediante un escrito que concluía así:

“Por todo lo anterior esta Corporación ha decidido aceptar las condiciones expresadas en su escrito con las siguientes salvedades:

a) Al término del período de concesión se traspasará al Excmo. Ayuntamiento la base de datos de clientes que en ese momento se encuentren atendidos por E.E.XXI, S.L., si los hubiese.

b) Mantener con E.E. o con D.E.P.C., S.A., mientras dure la concesión, los tres suministros en media tensión que actualmente tiene contratados este Ayuntamiento, de los que se ha comunicado la cancelación al vencimiento de los mismos, julio y septiembre de 2009, así como el resto de suministros actuales y futuros.

c) El hecho de que el próximo 1 de julio, D.E.P.C., S.A. interrumpa su actividad comercial, no debe suponer el cierre de la actual oficina comercial

que debe mantenerse abierta y con la dotación de personal que se estipula en el Plan de Explotación, para la atención a los clientes del Municipio de Puerto de la Cruz, que pertenezcan a E.E. o E.E.XXI, S.L., en función de los apartados mencionados anteriormente de las cláusulas administrativas de la concesión.

d) Se modificará el Pliego de Cláusulas Administrativas y el Plan de Explotación en aquellas cláusulas que afecten a la nueva situación.

e) No obstante lo anterior, esta Corporación dirigirá escrito a la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria para que se le asesore en el sentido en el que se ha solicitado por el escrito que estamos contestando.

Sin otro particular quedamos a la espera de sus noticias”.

10. Este escrito, según la Propuesta de Resolución contiene un acto de interpretación del contrato de concesión de la gestión del servicio eléctrico, el cual no podía dictar la Alcaldesa porque es competencia del Pleno la interpretación del contrato, por lo que dicho acto ha sido dictado por un órgano manifiestamente incompetente.

11. D.E.P.C., S.A. el 1 de julio de 2009 contestó en los siguientes términos:

a) La concesión no se vería afectada en absoluto en cuanto a la gestión del suministro eléctrico y servicios a clientes

b) D.E.P.C., S.A. continuaría manteniendo sin variación y operando la infraestructura eléctrica de distribución y manteniendo la oficina de atención de averías

c) E.E.XXI, S.L. que pertenece al mismo grupo empresarial que D.E.P.C., S.A. mantendría una oficina de atención al cliente en el Puerto de la Cruz, un servicio de atención telefónica permanente durante las 24 horas del día y una oficina virtual.

d) La responsabilidad y custodia de la base de datos de los clientes correspondería a E.E.XXI, S.L. conforme a la legislación de protección de datos personales.

e) La lectura de los consumos de electricidad sería realizada, conforme establece la legislación sectorial, por D.E.P.C., S.A., empresa distribuidora

f) La facturación y cobro, conforme a la legislación del sector eléctrico, correspondería a las empresas comercializadoras.

g) Al término de la concesión E.E.XXI, S.L. traspasaría su base de datos de clientes al Ayuntamiento

h) Los suministros de electricidad de media tensión que el Ayuntamiento tenía contratados con E.E. estaban sujetos al documento contractual suscrito por dichas partes.

12. El 30 de junio de 2010 el Pleno del Ayuntamiento acordó iniciar el procedimiento de revisión de oficio para la declaración de nulidad del acto de la Alcaldesa de 29 de mayo de 2009 sobre interpretación del contrato de gestión del servicio de energía eléctrica y concedió trámite de audiencia a la concesionaria para que formulara alegaciones.

13. En trámite de audiencia la contratista alegó en sustancia:

“«el acto de la Alcaldesa de 29 de mayo de 2009» consiste en una comunicación en la que la autoridad pública competente toma nota de los avances legislativos del suministro eléctrico, preconizados por la legislación básica. Por sí mismo, el acto no tiene más efectos, pues son las normas de derecho imperativo las que, como condiciones iuris (sic, rectius: condiciones iuris), determinan la configuración del régimen de comercialización y suministro eléctrico y el traspaso de los suministros a tarifa a la comercializadora de último recurso. No existe modificación alguna del contrato administrativo de concesión de la red ni se ha producido alteración de las reglas que derivan de los principios proclamados por la tantas veces citada Ley 54/1997, de 27 de noviembre, que entró en vigor con fecha 29 de noviembre de 1997.

El acto sometido a revisión no incluye actuaciones ajenas a las competencias de la Alcaldía que goza de las atribuciones residuales a que se refiere el parágrafo s) del Ap. 1 del Art. 21 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. No concurren, pues, los supuestos derivados por el Cap. I del Tít. VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y, en consecuencia, procede el archivo del procedimiento de revisión”.

14. La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen que el Alcalde eleva al Pleno en sus Considerandos primero a tercero argumenta lo siguiente:

“CONSIDERANDO: Que, en relación a los motivos de oposición del escrito de alegaciones, no podemos compartir -como pretende la concesionaria- que el escrito de la Alcaldesa tenga carácter de una mera comunicación por la que se toma

conocimiento de las novedades legislativas que se producen ope legis al margen de la voluntad de las partes contratantes, a modo de condiciones iuris (sic, rectius: condiciones iuris) impuestas por el derecho imperativo. Antes al contrario, a través del citado acto se aceptan una serie de condiciones que afectan a la ejecución del contrato y se interpretan las consecuencias que en el mismo tiene el cambio legislativo operado. Así se acepta a E.E.XXI, S.L. como empresa suministradora de energía, en detrimento de la concesionaria (D.E.P.C., S.A.), admitiendo el traspaso de datos de clientes entre ellas y se obliga a D.E.P.C., S.A. a mantener abierta la oficina comercial. Es necesario recordar en este punto, que la Ley 54/1997 permitía a empresas distribuidoras, con menos de 100.000 clientes (como ocurre en nuestro caso), homologarse como empresas comercializadoras de último recurso. Opción ésta por la que no optó la concesionaria, favoreciendo con su pasividad y con la anuencia del Ayuntamiento manifestada en el escrito de la Alcaldesa, a otra empresa de su grupo comercial (E.E.XXI, S.L.).

CONSIDERANDO. Que de conformidad con la Ley 13/95, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (normativa que presidió la adjudicación de este contrato) el órgano de contratación, en nuestro caso el Pleno, ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

CONSIDERANDO: Que a tenor de lo que establece el art. 62.1.b) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificada por la Ley 4/99, de 13 de enero)- LRJP-PAC- son nulos de pleno derecho los actos dictados por órganos manifiestamente incompetente por razón de la materia”.

Y consecuentemente propone declarar la nulidad del acto de la Alcaldesa de 29 de mayo de 2009.

III

1. A la fecha de adjudicación del contrato de concesión, el 1 de diciembre de 1997, ya había entrado en vigor el 29 de noviembre de 1997, la Ley de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, LSE, conforme a su disposición final segunda, puesto que se publicó en el Boletín Oficial del Estado nº 285, de 28 de noviembre de 1997. La LSE derogó a la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, del Sistema Eléctrico Nacional, LSNE (disposición derogatoria LSE).

2. A la fecha de la adjudicación del contrato estaba en vigor la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, LCAP. Esta Ley su normativa de desarrollo es la aplicable al régimen del contrato (disposición transitoria primera de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la LCAP; del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, TRLCAP, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio; de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, LSCP).

3. La LSE fue modificada por la Ley 17/2007, de 4 de julio, que entró en vigor, según su disposición final segunda y atendiendo a su publicación en el BOE nº 160 de 5 de julio de 2007, el 6 de julio de 2007.

4. Las normas posteriores de Derecho imperativo modifican los contratos anteriores, salvo lo que dispongan las nuevas leyes sobre la ultractividad de las antiguas (arts. 2.2 y 3 y 1.255 del Código Civil).

Consecuencia de esta regla general es que las normas imperativas de las Leyes que regulan los servicios objeto de los contratos administrativos de gestión de los servicios públicos modifican *ope legis* éstos, salvo que establezcan la ultractividad de la legislación anterior, puesto que esos contratos se rigen, además de por la legislación de contratación administrativa, por las disposiciones especiales del respectivo servicio (art. 155.1 LCAP); ello sin perjuicio de la obligación de la Administración de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión.

5. Por esta razón las Cláusulas IIª del contrato y las Iª y IIª de su PCAP establecían que el servicio se prestaría de acuerdo con lo establecido en la LSEN y aquellas que las sustituyen sus normas complementarias y "*aquellas que las sustituyan*".

6. La distribución de energía eléctrica es una actividad regulada cuyo régimen económico y de funcionamiento se debe ajustar a la LSE y normativa complementaria (arts. 11.2 y 39.2 LSE). En cambio, la comercialización se ejerce libremente en los términos que pacten las partes, salvo lo establecido para el suministro de último recurso (art. 11.3 y 16.4 LSE).

7. Con la modificación de la LSE por la Ley 17/2007, las sociedades mercantiles distribuidoras de energía eléctrica no pueden comercializarla, aunque un grupo empresarial de sociedades puede compatibilizar ambas actividades siempre que las desarrollen conforme a los criterios legales de independencia (art. 14 LSE).

8. De acuerdo con el marco normativo constituido por la LSE, y el RDSUR, aquellos consumidores suministrados por un distribuidor que no hubieran contratado un suministrador de su elección a 1 de julio de 2009 serían suministrados por un comercializador de último recurso que sucedería a la empresa distribuidora en los derechos y obligaciones *ex art.* 45 LSE. Esa empresa comercializadora sería el comercializador de último recurso perteneciente al grupo empresarial de la empresa distribuidora de su zona (*art.* 4 RDSUR). Entre las empresas a las que se imponía la obligación de suministro de último recurso figura E.E.XXI, S.L. (*art.* 2 RDSUR) comercializadora en la zona que comprende al Puerto de la Cruz y perteneciente al mismo grupo empresarial que D.E.P.C., S.A.

9. El escrito de la alcaldesa que se pretende revisar en el extremo en que toma conocimiento de los cambios legales en el régimen de la prestación del servicio no constituye un acto de interpretación del contrato. Esos cambios venían impuestos por normas imperativas que no dejaban margen alguno de interpretación.

En el extremo en que establece la cautela de que al final del régimen de la concesión se ha de traspasar al Ayuntamiento la base de datos de los clientes suministrados en caso de que la hubiere es un acto de control y exigencia del cumplimiento del contrato al que le facultaba la Cláusula XIXª PCAP y dirigida a asegurar la integridad patrimonial de la reversión de la concesión (*art.* 165 LCAP) y que tiene su fundamento competencial en el *art.* 21.1.s) *in fine* LRBRL.

La obligación de suministrar esa información a las Administraciones públicas es de carácter legal para las empresas comercializadoras [*art.* 45.1.i) LSE]. La obligación de la empresa distribuidora de transferir esa base de datos a la comercializadora también es de carácter legal (*art.* 4.4. RDSUR). En esta cuestión el contrato y su PCAP no presentan una laguna que posibilite dos o más soluciones posibles respecto al cumplimiento y efectos del contrato, ni por ende el escrito de la Alcaldesa impone una de esas soluciones.

Ese escrito en el extremo en que se refiere a contratos de suministros de energía de media tensión al Ayuntamiento, los cuales no forman parte del contrato de gestión, no constituyen por ende un acto de interpretación de este último.

En cuanto al extremo en que recuerda a la contratista su obligación contractual de mantener abierta una oficina en el Puerto de la Cruz tampoco interpreta ningún punto dudoso del contrato y de su PCAP.

Respecto al extremo en que manifiesta su intención de que se procederá a la modificación del PCAP y del Plan de Explotación para adaptarlos a la nueva situación determinada por los cambios legislativos, es meramente eso, una simple manifestación de intenciones que no ha tenido ninguna repercusión en el régimen del contrato y de su cumplimiento.

10. La Propuesta de Resolución considera también que *“la Ley 54/1997 (la LSE) permitía a empresas distribuidoras con menos de 100.000 clientes (como ocurre en nuestro caso) homologarse como empresas comercializadoras de último recurso. Opción esta por la que no optó la concesionaria favoreciendo con su pasividad y con la anuencia del Ayuntamiento manifestada en el escrito de la Alcaldesa a otra empresa de su grupo comercial (E.E.XXI, S.L.)”*.

Con abstracción de que en este punto la propuesta de resolución no reprocha al escrito de la Alcaldesa que haya hecho una interpretación del contrato para lo cual era incompetente y con abstracción de que no está acreditado en el expediente el hecho de que D.E.P.C., S.A. tuviera menos de 100.000 clientes, es conveniente indicar que, conforme al art. 14.4 y la disposición transitoria décimo primera LSE, las distribuidoras a las que se les permitía continuar como comercializadoras deberían reunir estos dos requisitos: a) tener menos de cien mil clientes conectados a sus redes; y b) haber estado operando con anterioridad al 1 de enero de 1997.

D.E.P.C., S.A. se constituyó con posterioridad a dicha fecha, concretamente el 9 de octubre de 1997, como se expresa en el documento de formalización del contrato, por lo que, aun en el caso de que se acreditara que tiene menos de cien mil clientes, nunca se habría podido acoger a la opción legal de seguir actuando como distribuidora y comercializadora de electricidad.

11. En definitiva, el escrito de la Alcaldesa de 29 de mayo de 2009 no contiene ninguna interpretación del contrato, por lo que es imposible predicar de él que esté incurrido en el vicio de incompetencia manifiesta por razón de la materia ya que esa interpretación correspondía realizarla al Pleno. En consecuencia, procede emitir Dictamen desfavorable a la revisión de oficio instada, el cual en este caso tiene carácter vinculante.

CONCLUSIONES

1. El escrito de la Alcaldesa de 29 de mayo de 2009 no contiene ninguna interpretación del contrato por lo que no incurre en el vicio de incompetencia manifiesta por razón de la materia.

2. Este Consejo Consultivo emite Dictamen desfavorable a la revisión de oficio solicitada.