

Dictamen Núm. 235/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
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 11 de noviembre de 2021, 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 V. E. de 29 de septiembre de 2021 -registrada de entrada el día 7 del mes siguiente-, examina el expediente de resolución del lote 5 del contrato de suministro de productos de aseo e higiene personal, sanitarios, de limpieza y lavandería y de artículos de celulosa y material desechable con destino a diversos centros adscritos al organismo autónomo “Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante Resolución de 31 de mayo de 2021 de la Directora Gerente del organismo autónomo “Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias”, se acuerda iniciar “un nuevo” expediente para la resolución del contrato correspondiente al “material asistencial desechable” (lote 5 del suministro de productos de aseo e higiene personal, sanitarios, de limpieza y lavandería y de artículos de celulosa y material desechable con destino a diversos centros adscritos al organismo autónomo), adjudicado a

En la misma resolución se dispone la incorporación al expediente de “los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad”, dando cuenta en los antecedentes del previo procedimiento resolutorio archivado por perención y de las distintas actuaciones practicadas en su seno.

Asimismo, se explicita que la causa de resolución es la contemplada en la cláusula 2.9.1.11.^a del pliego de las administrativas particulares como “incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en este pliego, esto es: la entrega de los bienes en plazo con arreglo a lo establecido en la cláusula 2.7.3.6”, aludiéndose igualmente a la causa de resolución que se enuncia en el apartado 1.f) del artículo 211 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público como “incumplimiento de la obligación principal del contrato”.

Se constata que este contrato se adjudicó el día 22 de agosto de 2018, formalizándose el 13 de septiembre del mismo año, y tras la referencia a la obligatoriedad de la prórroga para el empresario siempre que se le preavise con dos meses de antelación (artículo 29.2 de la LCSP) se reseña que la duración establecida en los pliegos era de 24 meses prorrogables por otros tantos, habiéndose comunicado a la mercantil el 11 de junio de 2020 la intención de proceder a la prórroga por 12 meses. Se reproduce a continuación la respuesta del adjudicatario manifestando su disconformidad con la prórroga, pues dadas “las características del material de suministro (mascarilla, guantes...) y las circunstancias producidas por el coronavirus COVID 19 se ha producido un desabastecimiento de dichos productos en los mercados con la consiguiente subida de precios (que) hace imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados”.

Se razona, por último, la aplicación del principio de riesgo y ventura y la procedencia de la incautación de la garantía prestada, reseñándose que la prórroga fue finalmente autorizada por la Dirección Gerencia “entre el 13 de septiembre de 2020 y el 12 de febrero de 2021” mediante Resolución de 11 de septiembre de 2020 (aparece sellada el día 15 y en ella consta que “el próximo 12 de septiembre de 2020 finaliza la vigencia del contrato”), siendo notificada

fehacientemente al empresario el 21 de septiembre, y “a partir de ese momento la empresa contratista no atiende a las peticiones de suministros que le son requeridos”.

2. Entre los antecedentes que se incorporan al expediente figura la Resolución de la Directora Gerente de 25 de mayo de 2021 por la que, visto el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias de 6 de mayo de 2021, se declara la caducidad del anterior expediente de resolución del contrato al haber transcurrido el plazo legal para resolver y notificar.

3. Notificada la resolución de inicio a la contratista y a su avalista, el día 29 de junio de 2021 presenta la primera un escrito de alegaciones en el que se opone a la resolución por incumplimiento culpable. Manifiesta que, “como hemos hecho constar en escritos anteriores (...), no nos encontramos ante una resolución de contrato por incumplimiento del contratista sino ante una finalización del contrato en fecha 13 de septiembre de 2020, no procediendo la prórroga del mismo acordada por Resolución de fecha 11 de septiembre del presente año; resolución que se encuentra recurrida por la mercantil (...) mediante el correspondiente recurso contencioso administrativo (...), estando en trámite de formalizar la demanda. Igualmente se encuentra recurrida la Resolución del ERA concediendo una segunda prórroga desde el 13 de febrero al 12 de julio de 2021./ Hacemos nuestros y reproducimos en este acto para evitar reiteraciones innecesarias el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de fecha 11 de septiembre acordando la prórroga de cinco meses con la documentación que se acompaña, así como los escritos presentados en fecha 17 de agosto y 9 de septiembre del presente año junto con la documentación que se acompaña solicitando la finalización del contrato transcurrido su plazo de vigencia el 13 de septiembre, la no concesión de la prórroga y la devolución de la garantía prestada./ Así como el recurso de alzada interpuesto contra la segunda prórroga”.

Aduce la ruptura del equilibrio económico del contrato, con cuya prórroga se “castiga” a la contratista, y que debe excepcionarse el principio de

riesgo y ventura por ser “evidente” que la pandemia ha provocado un “desabastecimiento mundial (...) ante un aumento hasta ahora inconcebible de la demanda (...) y el consiguiente aumento del precio (...) de más del 500 % respecto al año anterior”. Refiere que ambos hechos son “notorios”, por lo que no necesitan prueba, si bien “a pesar de ello lo hemos acreditado en el expediente aportando un Excel” expresivo del incremento de precios y las contestaciones remitidas por diversos proveedores de guantes, “tanto empresas españolas, como europeas y chinas”, que inciden en la subida de precios y en que “no pueden ser servidos (...) en el momento actual”.

Tras invocar la doctrina del riesgo imprevisible, denuncia que en los contratos menores recientemente publicitados por el ERA para suministrar estos productos los precios son “muy superiores (...): en concreto, establece un precio máximo para obtener guantes de vinilo (...) superior en un 509 % a la adjudicación de esta parte” (10,48 € por paquete de 100, frente a 1,72 € que se abonan al adjudicatario, y para mascarillas quirúrgicas 71,10 € frente a 8 € por cada paquete). Se alega la quiebra de los principios de equidad y buena fe ante la “incoherencia” de solicitar suministros a precios muy superiores al mismo tiempo que se prorroga el contrato. Se acompaña el escrito remitido a la empresa por el ERA en la misma fecha en la que se dispone la prórroga (11 de septiembre de 2020), en el que se recoge el referido precio de 10,48 € para una contratación menor de guantes de vinilo.

Argumenta también que el contrato “está cumplido” en cuanto que la empresa “ha servido mayor cantidad de la prevista por el ERA en el contrato durante los dos años de vigencia del mismo”, y reseña que “el 90 % de lo solicitado por parte del ERA a partir del 15 de septiembre ha sido los guantes y mascarillas”.

Respecto a los pedidos posteriores a esa fecha que se atienden, aduce que se suministraron “fuera del contrato” algunos “productos que disponía” por “buena fe” y “lealtad”. Al respecto, se adjuntan “pedidos realizados (...) y “albaranes de entrega” (se documentan 25 pedidos de “salvacamas” y “baberos” fechados el 20 de noviembre de 2020), y se acompaña “como documento tres email remitido por el ERA (...) pidiendo suministro de material

fuera de contrato" (en este documento consta la aceptación por el ERA de una oferta enviada por la mercantil el 3 de noviembre de 2020 relativa a los anteriores 25 pedidos, puntualizando que "no tienen nada que ver" con el contrato del "lote 5".

Denuncia el incumplimiento del preaviso de dos meses en las prórrogas, pues la primera "se le comunica (...) el 31 de agosto cuando el contrato vence el 13 de septiembre" y la segunda "el 29 de enero cuando el contrato finalizaba el 12 de febrero". Igualmente, manifiesta que la notificación de la primera prórroga es posterior a la finalización del contrato al habersele comunicado formalmente días después.

Solicita que se incorporen al expediente el recurso de alzada y la documentación anexa presentados frente a la resolución que acuerda la primera prórroga, los contratos de suministros de los mismos productos realizados por el ERA "a partir del 15 de julio de 2020" y la relación de "los pedidos realizados (...) a partir del 15 de septiembre de 2020 y que no se han servido".

Acompaña, entre otros documentos, copia del Decreto de 5 de marzo de 2021 por el que se admite a trámite el recurso interpuesto frente a la desestimación de la alzada presentada contra la primera prórroga.

4. Con fecha 20 de julio de 2021 libra informe, a modo de propuesta de resolución, la Directora del Área de Régimen Jurídico y Asuntos Generales del organismo autónomo. En él se constata que "no han sido atendidos los pedidos solicitados a partir de 15 de septiembre", reproduciéndose la respuesta de la contratista a las peticiones realizadas, en la que se alude a "la imposibilidad de servicio dado que dicho contrato finalizó el 13-09-2020" y a haberse opuesto por escrito a la prórroga por la ruptura del equilibrio económico ante el desabastecimiento del mercado, "sin que se nos comunicara (la) resolución antes de finalizar el contrato; resolución que igualmente se va a proceder a impugnar".

Frente a lo alegado por la contratista, se argumenta que "en ningún momento por este organismo se ha discutido el elevado incremento de uno de

los productos integrantes del lote”, siendo la causa de resolución “el abandono del suministro”, obligando al ERA a “recurrir a la contratación con terceros para lo que ha tenido que solicitar ofertas (...) en muchos casos a (...) precios superiores a los del contrato, tal y como pone de relieve el propio adjudicatario al que se le solicitó el cumplimiento del contrato con el pedido realizado al amparo del mismo (...), procediendo sin embargo la Administración a solicitarle también oferta en el ánimo de incluir a todas las empresas posibles”.

Se añade que el principio de riesgo y ventura lleva consigo un “elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado”. Se deja constancia de que la revisión de precios está expresamente excluida en el pliego. En torno al riesgo imprevisible, se afirma que entraña un “riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico”, y que en este caso “la causa del inicio del expediente de resolución ha sido el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, no la posible reclamación de unos daños y perjuicios que puedan ampararse en la situación de riesgo imprevisible”.

Se aduce que “en ningún momento actúa esta Administración de modo incoherente o contra sus propios actos, siendo responsabilidad de esta última la garantía de suministro esencial”, y que la adjudicataria justifica su incumplimiento “exclusivamente en el incremento del precio de los guantes, uno solo de los productos del lote (...), incremento que podría haber dado (lugar) a una reclamación económica, en su caso, y no al abandono del suministro”.

Respecto a la validez de las prórrogas, se argumenta que el contrato se rige por la normativa anterior a la vigente LCSP por razón del momento de su adjudicación, sin que existiera entonces un plazo de preaviso, y que los pliegos se limitaban a señalar que la prórroga debe ser “acordada” por el órgano de contratación antes de la finalización del contrato.

5. Acordada el 23 de julio de 2021 la suspensión del procedimiento por la solicitud de informe preceptivo, se notifica a los interesados mediante oficio

librado el día 26 del mismo mes y se recaba el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, que se recibe el día 9 de agosto de 2021.

En él se razona que el plazo para la resolución de este procedimiento es de tres meses, que no han transcurrido, remitiéndose en cuanto al fondo al informe emitido a propósito del anterior procedimiento caducado, favorable a la resolución y cuyo contenido se transcribe. Se argumenta allí el carácter “inmediatamente ejecutivo de la decisión del órgano de contratación acerca de la prórroga”, no obstante el recurso que ha de resolverse en su cauce, y que “la entrega de los bienes en plazo” tiene la condición de obligación esencial conforme al pliego, aplicando la normativa anterior a la vigente LCSP. Se señala que la quiebra del equilibrio económico del contrato y la “escalada de precios” son hechos “que no han sido negados de adverso”, si bien “han de quedar al margen de la consulta” en cuanto que no obstan la resolución del contrato por no haberse atendido determinados suministros; extremo este pacífico.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de septiembre de 2021, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de suministro de productos de aseo e higiene personal, sanitarios, de limpieza y lavandería y de artículos de celulosa y material desechable con destino a diversos centros adscritos al organismo autónomo “Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias”, objeto del expediente núm., de dicho organismo autónomo, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

Se acompaña la Resolución de la Directora Gerente del organismo autónomo de 24 de agosto de 2021, por la que se acuerda la suspensión del procedimiento por la solicitud del dictamen, constando su traslado a los interesados al día siguiente, tanto por correo electrónico como por correo ordinario con acuse de recibo (fechado este el 31 de agosto).

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra n), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra n), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con la normativa mencionada, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”.

En el caso ahora examinado, si bien la contratista no se opone totalmente a la resolución del contrato, pues la admitiría de acordarse sin exigirle indemnización de los daños y perjuicios causados, sí muestra su disconformidad sobre la causa y las consecuencias pretendidas por la Administración. Como hemos señalado en anteriores dictámenes, la intervención de este Consejo procede no solo cuando el adjudicatario manifiesta su disconformidad con la resolución del contrato, sino también cuando, coincidiendo ambas partes en la procedencia de la misma, la oposición se limita a las causas y efectos resolutorios.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que examinamos es la propia de un contrato de suministro.

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -22 de agosto de 2018-, su régimen jurídico sustantivo es el establecido en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante

LCSP). En efecto, la LCSP entró en vigor el día 9 de marzo de 2018 (conforme a lo señalado en su disposición final decimosexta). Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 25 de la LCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo -destacadamente el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre-, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 190 de la LCSP, la Administración ostenta la prerrogativa de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta dentro “de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley”.

El ejercicio de tal prerrogativa resolutoria, a fin de garantizar no solo el interés público, sino también el que los contratistas tienen en el cumplimiento de los contratos, exige la concurrencia de los presupuestos legalmente establecidos, así como la sujeción a las normas procedimentales que lo disciplinan. Si se incumple el procedimiento la imputación de la causa resolutoria pierde su legitimación pues, como acabamos de indicar, aquella potestad solo se puede ejercer con respeto a los límites y requisitos previstos en la Ley.

La instrucción de los procedimientos de resolución contractual iniciados durante la vigencia de la LCSP se encuentra sometida con carácter general a lo dispuesto en los apartados 1, 3 y 4 del artículo 191 y en el artículo 212 de dicha norma; precepto este que se remite a la regulación de desarrollo contenida en el artículo 109.1 del RGLCAP. Esta última norma sujeta la resolución del contrato al cumplimiento de los siguientes requisitos: audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en caso de propuesta de oficio; audiencia, en el mismo plazo, del avalista o asegurador si se propone la incautación de la garantía; informe del Servicio Jurídico, y dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva “cuando se formule oposición por parte del contratista”.

En el caso que analizamos se ha dado audiencia a la empresa contratista y a su avalista. También se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, y se ha incorporado el informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias.

Se observa, sin embargo, que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la mercantil interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

En cuanto a la competencia para acordar, en su caso, la resolución del contrato, los artículos 190 de la LCSP y 109 del RGLCAP la atribuyen al "órgano de contratación". El contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por la Directora Gerente del ERA, por lo que habrá de ser dicha autoridad la que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento analizado. Así lo señala de modo expreso la cláusula 2.10.2 de las administrativas particulares, en la que se establece que "el órgano de contratación es la persona titular de la Dirección Gerencia" del organismo autónomo, quien "ostenta las prerrogativas 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 esta".

Con relación al plazo para resolver el procedimiento, el artículo 212.8 de la LCSP dispone que deberá dictarse y notificarse la resolución que ponga fin al procedimiento en un plazo máximo de ocho meses, a contar desde la fecha de la resolución de inicio del expediente de resolución contractual. No obstante, el Tribunal Constitucional ha declarado en la reciente Sentencia 68/2021, de 18 de marzo -ECLI:ES:TC:2021:68-, que el artículo 212.8 de la LCSP no tiene carácter básico -pues como tal sería contrario al orden constitucional de competencias-, por lo que "no será aplicable a los contratos suscritos por las administraciones de las comunidades autónomas, las corporaciones locales y las entidades vinculadas a unas y otras" -fundamento jurídico 7.C.c)-. Tal como razonamos

en el Dictamen Núm. 203/2021, a falta de una norma específica que fije un plazo para la resolución de un procedimiento administrativo no nos enfrentamos a una laguna que deba colmarse acudiendo a la legislación supletoria -a la que ha quedado reducido el plazo de 8 meses-, pues en nuestro Derecho administrativo existe una norma básica que disciplina el supuesto de que un procedimiento no tenga señalado plazo. Esa regla básica -recogida ahora en el artículo 21.3 de la LPAC- determina que cuando “las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, este será de tres meses”, y la vigencia de esta regla para los procedimientos regulados en la LCSP no ofrece duda a la vista de su disposición final cuarta, que se remite expresamente a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, en todo aquello que no merece un tratamiento singular en la normativa contractual. Así lo han interpretado también otros órganos consultivos (por todos, Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 123/2021, de 27 de abril, y 130/2021, de 20 de mayo).

Asumido pacíficamente que las normas adjetivas aplicables vienen determinadas por el momento en el que el procedimiento se abre -disposición transitoria tercera, apartado e) de la LPAC-, se observa que en el asunto examinado el inicio del procedimiento de resolución -31 de mayo de 2021- es posterior a la fecha de publicación de la referida sentencia del Tribunal Constitucional (23 de abril de 2021), por lo que el transcurso del plazo de tres meses *ex* artículo 21.3 de la LPAC abocaría a declarar la caducidad del procedimiento. Ahora bien, la Administración ha hecho uso de la facultad de suspensión del plazo contemplada en el artículo 22.1.d) de la LPAC, tanto con ocasión de la solicitud de informe al Servicio Jurídico como al recabar el dictamen de este Consejo. Constando en el expediente este último acuerdo de suspensión, fechado el 24 de agosto de 2021 y trasladado a los interesados al día siguiente, ha de admitirse la operatividad de la suspensión acordada, debiendo reanudarse el cómputo del plazo a la recepción del presente dictamen.

Procede advertir, no obstante, la necesidad de que la solicitud de dictamen a este Consejo, acompañada del expediente tramitado y del acuerdo de suspensión de plazos, tenga entrada en este órgano en fechas inmediatas a

la adopción del mismo, a fin de que no se demore la tramitación del procedimiento ni se menoscabe el plazo que el Consejo tiene para dictaminar.

CUARTA.- Por lo que se refiere al fondo del asunto, debemos señalar que en caso de concurrir causa resolutoria es el interés público el que ampara la decisión de resolver el contrato, si bien se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa.

En el expediente de resolución contractual que nos ocupa se invoca como causa de resolución el "incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en este pliego, esto es: la entrega de los bienes en plazo con arreglo a lo establecido en la cláusula 2.7.3.6", aludiéndose igualmente a la causa de resolución que se enuncia en el apartado 1.f) del artículo 211 de la vigente LCSP como "incumplimiento de la obligación principal del contrato". Se advierte que la actual redacción de este supuesto tiene por finalidad incorporar expresamente un motivo resolutorio no consignado en las precedentes leyes reguladoras de la contratación pública, y cuya inclusión obedece a la necesidad de superar las dificultades que planteaban los casos en los que, habiendo abandonado el contratista la ejecución del contrato, no se hubiera adoptado la precaución de recoger tal circunstancia entre las obligaciones contractuales esenciales, por más que materialmente fuere la de mayor relevancia. En el caso examinado, ese incumplimiento aparece adecuadamente calificado en el pliego de cláusulas administrativas, redactado bajo la vigencia de la normativa anterior, y es igualmente resolutorio en aplicación de lo dispuesto en la vigente LCSP, pues frustra materialmente la consecución del objeto del contrato.

Ciertamente, toda resolución contractual tiene por presupuesto la subsistencia de un vínculo contractual vigente, lo que en este caso requiere asumir la validez de la prórroga tras la que se produce el incumplimiento denunciado. Al respecto, dicha eficacia se cuestiona razonadamente por la mercantil afectada -en cuanto que la resolución de prórroga aparece sellada y notificada fuera del plazo inicial de duración del contrato-, pero ello no perjudica la ejecutividad de la decisión administrativa de prorrogar y de la

posterior resolución por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a esa prórroga. Ahora bien, encontrándose *sub iudice* la desestimación de la alzada, sin que conste formalmente en el expediente que dicho proceso judicial esté aún pendiente de conclusión y sentencia, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en caso contrario habría de estarse al pronunciamiento judicial que, de ser anulatorio de la prórroga, determinaría que el contrato ya no estaba vigente al tiempo del incumplimiento que se imputa, por lo que no cabría ya su resolución. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

Tampoco puede obviarse, en lo que atañe a este expediente resolutorio, que la adjudicataria se opone oportunamente a la decisión administrativa por la que se le traslada la "intención" de iniciar el procedimiento para proceder a la prórroga del contrato, presentando un escrito fechado el 25 de junio de 2020 en el que deja constancia del aumento desproporcionado e imprevisto de los precios y la ruptura de la economía del contrato. En ese momento apunta la mercantil varias alternativas, interesando que "de conformidad con los principios de equidad y buena fe que deben regir las relaciones contractuales y dadas las circunstancias existentes o bien no se acuerde la prórroga del contrato y se proceda a la finalización del mismo con la devolución de la garantía o se establezcan nuevos precios o se indemnicen de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado".

A la luz de este escrito se advierte que la adjudicataria pone ya de relieve -con anterioridad al incumplimiento por el que se abre el primer expediente resolutorio- la concurrencia de una causa obstativa para la continuidad de la relación negocial en sus actuales términos. Dado que la Administración decide prorrogarla en esos mismos términos, sin dar cauce a las otras propuestas de la adjudicataria, aquella invocación temprana de la doctrina del riesgo imprevisible -que antecede al incumplimiento que aquí se ventila- ha

de conducir al previo examen de la imposibilidad que el contratista promueve a fin de que el contrato se extinga “con la devolución de la garantía”. Es en ese contexto de alteración extraordinaria de las circunstancias tomadas en cuenta al tiempo de la licitación -puntual y reiteradamente alegado por la mercantil- en el que sobreviene el “abandono del suministro” que la Administración articula. El artículo 211.2 de la LCSP explicita ahora que en “los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo”.

En efecto, esgrime la adjudicataria tanto en este procedimiento de resolución como en el relativo a la prórroga que le antecede que dadas “las características del material de suministro (mascarilla, guantes...) y las circunstancias producidas por el coronavirus COVID 19 se ha producido un desabastecimiento de dichos productos en los mercados con la consiguiente subida de precios (que) hace imposible ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados”, e insiste en que resulta “evidente” que la pandemia ha provocado un “desabastecimiento mundial (...) ante un aumento hasta ahora inconcebible de la demanda (...) y el consiguiente aumento del precio (...) de más del 500 % respecto al año anterior”.

El artículo 211.1, apartado g), de la LCSP recoge entre las causas de resolución “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”. El referido artículo 205 alude a las “circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato”, que con carácter general pueden amparar un modificado siempre que no se rebase el 50 % del precio inicial, entre otros condicionantes.

La lectura de este precepto permite, sin necesidad de adentrarnos en la doctrina del riesgo imprevisible -concebida para los contratos de tracto sucesivo

y dependencia de futuro como el que nos atañe-, concluir que el concepto de imposibilidad no se identifica con una inviabilidad total o absoluta, sino que la misma, precisamente, va ligada a la alteración de las condiciones de ejecución, con singular incidencia del precio.

Como advierte el Consejo de Estado en el Dictamen 215/2010, la expresada causa de resolución surge como respuesta al régimen restrictivo de modificación de los contratos administrativos que se introdujo en el año 2007, y abarca supuestos no solo de alteraciones imprevisibles o ajenas a las partes contratantes sino también de dificultades o sobrecostes motivados por la actuación de la Administración. Se trata de desterrar prácticas viciosas de modificación susceptibles de “frustrar los principios de publicidad y concurrencia proclamados por la legislación” de contratos públicos, para lo que se acude a la resolución del contrato y nueva licitación ante el cambio radical de circunstancias.

Tal como ha reiterado la jurisprudencia (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003 -ECLI:ES:TS:2003:7878-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), el riesgo imprevisible, conectado con la cláusula *rebus sic stantibus*, aparece cuando a raíz de un evento “que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato se alteren sustancialmente las condiciones de la ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes que la que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato, o en su caso la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado”. Queda así derogado el principio de riesgo y ventura “cuando en las vicisitudes de la contratación concurren circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a este” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1999 -ECLI:ES:TS:1999:3486-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª). Nos encontramos así ante una alteración del equilibrio económico del contrato, por causa ajena al contratista y extraña al riesgo ordinario que este asume, y para cuya reparación no alcanza la revisión de precios en el seno del mismo

contrato. Estas son precisamente las circunstancias que toma en consideración el apartado g) del artículo 211.1 de la LCSP para amparar la resolución del contrato por imposibilidad de ejecución cuando no sea posible acudir a la modificación contractual.

En el supuesto planteado el adjudicatario alude a la notoriedad de los hechos que invoca, y constata que el desmesurado incremento de precios queda refrendado por los contratos menores publicitados por el ERA para abastecerse de los suministros desatendidos, cuyos precios son “muy superiores (...): en concreto, establece un precio máximo para obtener guantes de vinilo (...) superior en un 509 % a la adjudicación de esta parte” (10,48 € por paquete de 100, frente a 1,72 € que se abonan a la adjudicataria, y para mascarillas quirúrgicas 71,10 € frente a 8 € por cada paquete). La Administración contratante reconoce esa alteración extraordinaria del mercado, afirmándose en la propuesta de resolución que “en ningún momento por este organismo se ha discutido el elevado incremento de uno de los productos integrantes del lote”, obligando a “recurrir a la contratación con terceros para lo que ha tenido que solicitar ofertas (...) en muchos casos a (...) precios superiores a los del contrato, tal y como pone de relieve el propio adjudicatario”. En informe del Servicio Jurídico del Principado de Asturias así se admite igualmente, refiriendo que la quiebra del equilibrio económico del contrato y la “escalada de precios” son hechos “que no han sido negados de adverso”.

Por otra parte, se plantea cierta controversia sobre la extensión del incumplimiento, pero de lo actuado se infiere que el “abandono del suministro” afecta esencialmente a las mascarillas y guantes, cuyo precio se ha disparado exponencialmente, dado que la adjudicataria atiende materialmente -con la comprensible cautela para que no se perjudique su impugnación de la prórroga- a los otros suministros que le son requeridos.

En este contexto, admitida la alteración extraordinaria de las circunstancias consideradas al tiempo de la licitación -y radicalmente imprevisible, desproporcionada y ajena al contratista-, ha de concluirse que no asistimos a la frustración de unas expectativas económicas que se incardinan

en el riesgo y ventura del licitador adjudicatario, sino a la concreción de un riesgo anormal que cercena el principio de equilibrio económico y que debe ser corregido bajo un criterio de justicia distributiva.

Alega finalmente la Administración que “la causa del inicio del expediente de resolución ha sido el incumplimiento por el contratista de sus obligaciones, no la posible reclamación de unos daños y perjuicios que puedan ampararse en la situación de riesgo imprevisible”. Sin embargo, tal como razonamos, la mercantil sí solicita oportunamente a la Administración -ya con fecha 25 de junio de 2020- la adopción de alguna medida correctora, sin recibir respuesta, y reconocida la situación de desequilibrio no procede hacer pechar a la contratista con sobrecostes manifiestos y admitidos por la propia Administración que rebasan el 500 %, licitándose simultáneamente contrataciones por precios sensiblemente superiores a los que se derivan de la prórroga forzosa que se impone a la mercantil a la vez que se desatiende su petición de poner término al contrato con devolución de la garantía.

Es preciso dejar constancia de la situación crítica y de especial dificultad que atraviesa el organismo autónomo en el momento de la prórroga e inejecución de este suministro a raíz de la pandemia y sus estragos con la población de edad avanzada, pero la necesidad de proveerse por cualquier medio de los suministros imprescindibles no ampara en el terreno jurídico la resolución de este contrato por incumplimiento culpable, pues mediaba una reconocida imposibilidad de ejecutarlo en los términos inicialmente previstos.

Resta referirse a los efectos de esta resolución. El artículo 213.4 de la LCSP anuda a la resolución por imposibilidad ajena al contratista “una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar”. Sin embargo, en este caso tal compensación no se demanda por la adjudicataria, que únicamente interesa librarse del vínculo gravoso, debiendo ponderarse además que en el presente supuesto no se ha privado a la contratista de una expectativa de beneficio, pues los suministros afectados fueron objeto inmediato de diversas contrataciones menores en las que se le invitó a tomar parte. Aplicando el mencionado criterio de justicia distributiva -por ser el que mejor se ajusta a una alteración sobrevenida que es ajena tanto

a la contratista como a la Administración-, se aprecia que procede aquí la resolución con devolución de la garantía constituida, sin otras consecuencias económicas.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, no procede la resolución por incumplimiento culpable del contrato de suministro del lote 5 de productos de aseo e higiene personal, sanitarios, de limpieza y lavandería y de artículos de celulosa y material desechable con destino a diversos centros adscritos al ERA, adjudicado a, y sí por imposibilidad de ejecución, con devolución de la garantía prestada.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.