

Dictamen Núm. 101/2023

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 4 de mayo de 2023, 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 23 de febrero de 2023 -registrada de entrada el día 27 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de servicios energéticos de alumbrado público del Ayuntamiento de Ribadesella.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El Pleno del Ayuntamiento de Ribadesella, en sesión celebrada el 30 de noviembre de 2022, acuerda incoar el procedimiento de resolución del contrato de servicios energéticos de alumbrado público, delegar en la Alcaldía todos los actos que corresponda adoptar en relación con el mismo, solicitar informe a los servicios técnicos sobre los efectos resolutorios, dar audiencia a la contratista y al avalista por plazo de diez días y requerir a la adjudicataria para que aporte el convenio colectivo aplicable a los trabajadores y el listado de personal objeto de subrogación, si lo hubiera.

2. Como antecedentes, consta en el expediente que:

a) Mediante acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Ribadesella, de 11 de marzo de 2014, se adjudica a el contrato de servicios energéticos de alumbrado público por un plazo de diez años a contar desde su formalización, que tiene lugar el 3 de abril de 2014.

Según la cláusula primera del pliego de las administrativas particulares, el contrato tiene por objeto el “suministro e instalación de equipos y elementos de alumbrado exterior que permitan obtener un ahorro energético de al menos el 50 % del suministro de energía eléctrica”, los “servicios de gestión energética de las instalaciones de alumbrado exterior del municipio”, el “mantenimiento y garantía total de las instalaciones” y la “optimización permanente de la facturación”. Se indica en la misma cláusula que la necesidad a satisfacer mediante la contratación es la de “adquirir las instalaciones y equipos necesarios para obtener un ahorro energético considerable” puesto que el Ayuntamiento no puede “acometer de una sola vez las inversiones necesarias” al efecto. El contrato, que es mixto de servicios y suministros siendo la prestación de suministros la más importante desde el punto de vista económico, engloba, según la misma cláusula, cuatro partes diferenciadas: P1 “Gestión energética”, que comprende el suministro y la gestión de energía eléctrica, “incluyendo la compra de la energía a las empresas comercializadoras y/o distribuidoras”; P2 “Mantenimiento”; P3 “Garantía total”, y P4 “Inversiones en ahorro y eficiencia energética”, que serán “ejecutadas y financiadas por el adjudicatario a su riesgo y ventura mediante los ahorros obtenidos durante la duración del contrato”. Tales inversiones, de acuerdo con la cláusula decimonovena del pliego, “deberán realizarse dentro de los primeros 12 meses desde la formalización del contrato”.

La cláusula decimoctava señala que “la revisión de precios se realizará en base a los criterios establecidos en el anexo II del pliego”. Asimismo indica que “siempre que lo permita la normativa aplicable, en el caso de que se produjese un cambio de circunstancias en el suministro energético fuera del control de las partes que alterase sustancialmente el presente contrato de forma que infiriera

a alguna de las partes perjuicios económicos graves y continuados, cualquiera de las partes podrá solicitar la revisión de la fórmula de precio”.

La cláusula vigesimoprimera, relativa al abono del precio, establece que “el importe de la factura mensual englobará el precio fijo anual garantizado por el contratista correspondiente a las prestaciones P1, P2 y P3. Dicha cantidad será una cuantía fija al mes resultante del prorrateo entre 12 meses de la cantidad total anual ofertada”.

La cláusula vigesimosegunda dispone en su apartado 1 que “Deberá modificarse el contrato si desaparece o modifican las tarifas reguladas o libres de electricidad y resulta necesario pactar un nuevo marco retributivo de la P1, o una nueva fórmula de revisión de precios. Esta modificación procurará el mantenimiento del equilibrio económico del contrato sin que se produzcan o aumentos o disminuciones de los precios de las prestaciones contratadas. Se trata de una modificación puramente jurídica”.

La cláusula vigesimocuarta, referente a la resolución del contrato, establece que “tendrá lugar en los supuestos que se señalan en este pliego y en los fijados en los artículos 223 y 299 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, con los efectos previstos en los artículos 225 y 300 del citado Texto Refundido”.

b) El día 28 de abril de 2022, la adjudicataria presenta en el registro del Ayuntamiento de Ribadesella una propuesta de “fórmula de revisión (...) para la prestación del servicio P1 del contrato (...) debido al cambio de tarifas en mercado eléctrico introducido el 1 de junio de 2021, según se recoge en pliego de prescripciones administrativas en cláusula vigesimosegunda”.

c) Con fecha 27 de septiembre de 2022, el Director General de la Fundación Asturiana de la Energía suscribe un informe en el que propone la modificación de la fórmula de revisión de precios y, más concretamente, del sistema de cálculo del índice K, “que incluye el peso de cada una de las tarifas sobre el total y la evolución de cada una de las mismas”, atendiendo al régimen

tarifario aplicable a partir del 1 de junio de 2021. Del citado informe resulta que el valor revisado del servicio P1 es 933.776,13 €.

d) El día 13 de octubre de 2022, el Secretario General libra un informe, a solicitud de la Alcaldía, en el que analiza la propuesta de la contratista. En él afirma que dicha solicitud “no se acompaña de suficiente motivación y tiene un contenido incompleto en comparación con el anexo II del pliego de cláusulas administrativas particulares”. Refiere que el informe de la Fundación Asturiana de la Energía, si bien dispone de “mayor motivación”, integra una propuesta asimismo “inconexa” y de “contenido incompleto en comparación con el anexo II del pliego de cláusulas administrativas particulares”, y finalmente indica que la modificación pretendida está contemplada “en la cláusula vigesimosegunda del pliego de cláusulas administrativas particulares”.

e) Con fecha 18 de noviembre de 2022 la Jefa de Obra y Proyectos del Ayuntamiento de Ribadesella, a la vista de lo informado por el Secretario General, pone “en conocimiento del órgano de contratación” una serie de “hechos que pueden ser causa de resolución del contrato”. Refiere que la propuesta de modificación formulada por la adjudicataria, que conlleva “la sustitución de algunos de los elementos que sirven para calcular el componente K de la fórmula de revisión de precios debido al cambio de tarifas en mercado eléctrico introducido el 1 de junio de 2021”, ha sido analizada por la Fundación Asturiana de la Energía, que “señala la imposibilidad de mantener los pesos de cada tarifa antigua para calcular el componente K de la fórmula de revisión de precios. De modo que la modificación no solo se limita a sustituir unas tarifas eléctricas antiguas -vigentes en el momento de la adjudicación del contrato- por otras nuevas, sino que, como no hay identificación posible entre unas y otras, es necesario alterar el peso relativo de cada una de ellas que establece el anexo II” del pliego de cláusulas administrativas particulares “para hallar el componente K”.

Destaca que el aumento de los precios de la energía está “muy por encima de lo que se podía prever en el momento de adjudicación del contrato” pues, según indica, entre el año 2014 -en que se adjudica este- y mayo de

2021 -en que tiene lugar la última revisión de precios- aquellos oscilan “alrededor del 35 %”, si bien en marzo de 2022 tal oscilación “alcanza un máximo del 435 %”, lo que “origina un efecto indeseado” por el pliego de cláusulas administrativas particulares. Según explica, “el precio de adjudicación de la P1 fue 326.358,78 € (IVA no incluido)./ El precio de la última revisión de precios (aprobada en mayo de 2021) fue de 431.701,90 euros/año (IVA no incluido)./ El precio aún no aprobado para la P1 para el periodo 2022-2023 sería de 933.776,13 € (IVA no incluido)./ El coste de la energía antes del contrato era de 372.981,46 € al año para 1.741.273 kWh/año./ Después de las inversiones, el consumo -según auditoría presentada por (la contratista)- es de 609.166,00 kWh/año (ahorro 60,95 %), es decir, aproximadamente 130.483,63 € al año./ Las inversiones totales de la oferta son 1.078.091,23 €, es decir, 107.809,12 € de amortización anual durante cada uno de los 10 años del contrato./ Quedan 98.425,71 € para gastos financieros y beneficios, que representan un 24 % del precio inicial o un 9,13 % de las inversiones totales./ Para 2022-2023, el coste de la energía ascendería a 554.133,05 €, que es un 325 % más que al inicio del contrato. La amortización anual permanecería en 107.809,12 €. Los beneficios y gastos financieros crecerían hasta 271.833,96 €, que sería un 176 % más que al inicio del contrato, o el 25,21 % de las inversiones”.

Manifiesta que “si se modificara la fórmula de revisión de precios no se podría garantizar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato que se exige en la cláusula 22” del pliego de las administrativas particulares, pues “el contrato de servicios energéticos es un contrato financiero en el que una empresa hace unas inversiones de ahorro energético -en este caso 1.078.091,23 €, según la oferta- a cambio de percibir del Ayuntamiento una cantidad algo inferior a la que este gastaba anteriormente en electricidad -en este caso 326.358,78 € anuales-. Con los ahorros producidos obtiene su beneficio -en este caso 98.425,71 € durante el primer año del contrato-. Al final del contrato, el Ayuntamiento recibe unas instalaciones que consumirán un 60 % menos que inicialmente./ En este contrato se rompería el equilibrio

económico financiero de aprobarse la modificación pretendida de la fórmula de la revisión de precios junto con los anormales desequilibrios expuestos del mercado energético. Mientras que en los 8 años iniciales del contrato el adjudicatario ha recibido aproximadamente 98.425,71 € para gastos financieros y beneficios, en los últimos 2 ejercicios la cantidad ascendería a 543.667,92 €. De modo que la cantidad que recibiría de beneficios el adjudicatario superaría la de inversiones”. Afirma que de acuerdo con el Plan de Seguridad Energética aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2022 “una de las posibles medidas de ahorro, tanto económico como energético, sería disminuir la intensidad o las horas de encendido del alumbrado público”, si bien en el caso de que se trata “la disminución del período de funcionamiento sólo produciría un aumento de los beneficios del adjudicatario pero ninguna reducción de los gastos para el Ayuntamiento”, pues “la fórmula de actualización de la P1 varía en función del porcentaje tarifario pero no del consumo producido”.

Refiere que “los antecedentes del pliego de prescripciones técnicas indican que ‘el gestor global de los servicios energéticos obtendrá rentabilidad por la ejecución de este contrato en base a su capacidad de implementar aquellas medidas de eficiencia energética que se determinen’”, de lo que -según señala- “cabe deducir que el beneficio estimado del primer año debería ser constante a lo largo de todos los años, es decir si el primer año era de 98.425,71 euros esto produciría un beneficio total durante la duración del contrato de 880.660,20 euros, sin embargo vemos que el beneficio previsto para estos 10 años ascendería a 1.454.391,74 euros, beneficio este último que nada tiene que ver con implementación de medidas de ahorro energético”.

f) El día 18 de noviembre de 2022 el Secretario General suscribe un informe, a solicitud de la Alcaldía, sobre la resolución del contrato. En él expresa que la causa resolutoria aplicable al caso es la del artículo 223, letra g), del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, esto es, “La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de

continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato”.

Afirma que “lo que ha sucedido es un riesgo sobrevenido e imprevisible que ha alterado sustancialmente el equilibrio económico financiero en contra de la Administración”, pues la propia evolución del precio de la electricidad en España de 2010 a 2022 evidencia “la concurrencia de los tres requisitos que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo para aplicar la cláusula *rebus sic stantibus*:/ a) Una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración: oscilaciones de precios de la electricidad de hasta el 534 %, mientras que en la década anterior -la de celebración del contrato- no superaban el 29 % (...). b) Una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes”, ya que “la prestación P1 del contrato de servicios energéticos es en realidad un contrato financiero (...) en el que el adjudicatario, a cambio de realizar en el año 1 del mismo una inversión, la va amortizando durante los diez años de duración y su retribución -beneficio- debe estar acorde con lo usual en el mercado. Esta retribución era del 6,7 % el primer año. Con las oscilaciones extraordinarias del precio de la electricidad produce un aumento de los beneficios del adjudicatario exagerado respecto de los iniciales de manera que se produce una desproporción exorbitante entre las inversiones realizadas y los beneficios percibidos (...). c) Que todo ello acontezca con (...) circunstancias radicalmente imprevisibles: la crisis energética, que se inicia en el verano de 2021 y se intensifica a partir de la primavera de 2022 con la invasión rusa de Ucrania y las sanciones adoptadas por la UE, no era posible preverla en 2013, momento de preparación del contrato. En ese momento el precio de la electricidad era estable -y lo fue durante los siguientes 8 años-”.

Explica que en este escenario, llegado junio de 2021, entran en vigor unas nuevas tarifas eléctricas, con lo que “se producen al mismo tiempo las causas reguladas en las cláusulas 18.^a y 22.^a del pliego de cláusulas administrativas particulares”. Significa que “el aumento del coste de la

electricidad supone un incremento en los beneficios del adjudicatario desproporcionado, lo que se conoce como `beneficios caídos del cielo` y que, para la contraparte municipal, podemos calificar de `perjuicios graves y continuados`. Esto se opone a la definición del objeto del contrato” que, según el pliego de cláusulas administrativas particulares, iba dirigido a satisfacer “la necesidad de adquirir las instalaciones y equipos necesarios para obtener un ahorro energético considerable, la contratación de energía eléctrica a precios de mercado, el mantenimiento de los equipos y la garantía total de los mismos”, obteniendo “un ahorro económico moderado inmediato, un ahorro energético sustancial inmediato y ahorro económico muy importante al término del mismo”.

Afirma que “no se trata de que el Ayuntamiento no pague al adjudicatario la amortización de las inversiones realizadas, ni tampoco el coste de la electricidad en el mercado, pero es contrario a la definición del objeto del contrato y de las cláusulas decimoctava y vigesimosegunda” del pliego de las administrativas particulares “que perciba unos beneficios que casi sextupliquen los iniciales, o que casi tripliquen los de la última revisión de precios”.

A mayor abundamiento, señala que en las cláusulas decimoctava y vigesimosegunda del pliego de las administrativas particulares no están detalladas “de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones que pueden acordarse con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello. Se contraviene, por tanto, lo que exige el artículo 106 del TRLCSP. Máxime cuando la modificación que se solicita no se limita a sustituir unas tarifas derogadas por otras nuevas, sino que, como no hay identificación posible entre unas y otras, es necesario alterar el peso relativo de cada una de ellas que establece el anexo II” del pliego de cláusulas administrativas particulares “para hallar el componente K. Sería una modificación que excede lo permitido por la Ley./ Tampoco puede incardinarse entre las circunstancias que permitirían una modificación no prevista del contrato del artículo 107 TRLCSP”.

Finalmente alude a los efectos de la resolución del contrato que, según indica, son los identificados por la Jefa de la Oficina de Obras y Proyectos, responsable del contrato.

g) Con fecha 7 de diciembre de 2022, la Jefa de Obra y Proyectos del Ayuntamiento de Ribadesella libra un nuevo informe en el que analiza los efectos de la resolución del contrato, que comprenderá los siguientes abonos a la adjudicataria de acuerdo con la cláusula vigesimocuarta del pliego de las administrativas particulares: “El valor de las mejoras introducidas en las instalaciones y equipos que, ejecutadas” por ésta, “hayan de pasar a propiedad (municipal) (...). El coste de la electricidad soportado por la adjudicataria desde el 5 de mayo de 2022 y hasta la fecha que produzca efectos la resolución del contrato (...). El 3 % del precio de adjudicación de las tres prestaciones del contrato -P1, P2 y P3- desde el 5 de mayo de 2022 hasta el 5 de mayo de 2024”. Los “efectos aproximados” de la resolución, a reserva de la liquidación del contrato una vez que la adjudicataria “haya acreditado las facturas de las inversiones y de los costes soportados por la energía eléctrica”, se cuantifican de conformidad con las reglas anteriores en 183.816,52 euros.

h) El día 25 de noviembre de 2022, el Director General de la Fundación Asturiana de la Energía suscribe un nuevo informe en el que precisa que como consecuencia del cambio de tarifas del mercado eléctrico operado a partir del 1 de junio de 2021, “que ha hecho que las tarifas de referencia existentes hasta ese momento hayan sido sustituidas por otras”, resulta “imposible seguir utilizando el modelo de revisión de precios de la prestación P1 fijado en el anexo II del pliego de cláusulas administrativas particulares que rigió la licitación (...). Por ello, hay que fijar un modelo sustitutivo del anterior, que atienda a las nuevas tarifas pero que sea consistente con el utilizado hasta la fecha para la prestación P1”.

3. Con fecha 23 de diciembre de 2022, el representante de la contratista presenta en el registro municipal un escrito en el que se opone a la resolución del contrato. Rechaza que exista causa para la resolución pretendida y, en

particular, que la empresa esté obteniendo beneficios “caídos del cielo” pues, según afirma, “desde el inicio del contrato hasta la revisión de mayo de 2021 (última aprobada por la Corporación Municipal) el precio de la prestación P1 disminuyó en un 2,06 %, ello con independencia de que el Ayuntamiento haya ido añadiendo suministros nuevos a lo largo de estos años, que obviamente suponen un incremento en el consumo de energía y, por tanto, del coste total de la misma, pero no en el precio de la energía que en ese período disminuyó, lo que provocó pérdidas” a la empresa.

Manifiesta asimismo su disconformidad con los efectos resolutorios fijados en el informe de la Jefa de Obra y Proyectos del Ayuntamiento, que considera “manifiestamente equivocados al realizarse sobre estimaciones y no sobre costes reales, por lo que su cuantificación es muy inferior a la liquidación que realmente correspondería”.

Adjunta el listado del personal objeto de subrogación y un informe elaborado por el Ingeniero Industrial responsable técnico de la adjudicataria. En este último se afirma que “de las ocho revisiones de precios aprobadas hasta la fecha en el contrato cinco de ellas resultaron negativas para (la adjudicataria) y, por tanto, positivas para el Ayuntamiento (es decir, el precio de la prestación P1 disminuyó respecto al precio de inicio del contrato)”, y que, “globalmente, desde el inicio del contrato hasta la revisión de mayo de 2021 el precio de la prestación P1 disminuyó un 2,06 %, ello con independencia de que el Ayuntamiento haya ido añadiendo suministros nuevos a lo largo de estos años, que obviamente suponen un incremento en el consumo de energía y, por tanto, del coste total de la misma, pero no en el precio de la energía que en ese período ha bajado”.

Significa, respecto de los beneficios obtenidos por la empresa, que existen dos tipos de suministro: el de alumbrado público y los correspondientes a “suministros de edificios municipales, bombeos y otros servicios” en los que el pliego “no contempla ninguna actuación por parte de (la adjudicataria), de tal forma que en tales suministros no se pueden “conseguir ahorros energéticos”.

Refiere que, “una vez adjudicada la licitación (...), a la hora de firmar el contrato en este figura un listado de suministros diferente” al del pliego de cláusulas administrativas particulares, “todos ellos del tipo ‘otros’”, los cuales suponen un “incremento del 16 % del consumo eléctrico que establecían los pliegos y que, evidentemente, no se pudo contemplar a la hora de estudiar el precio y las bajas ofertadas” y “va totalmente en contra de la amortización de inversiones prevista”.

Rechaza que el importe total de las inversiones realizadas ascienda a 1.078.091,20 € y que su amortización se produzca en 10 años, sino en 9, puesto que “el primer año del contrato era para ejecutar las obras”. Asimismo, afirma que la ejecución del contrato no le ha producido beneficios sino “una pérdida importante”. Reprocha a la responsable del contrato que al calcular los beneficios empresariales no haya descontado el coste de la energía de los suministros del tipo “otros”, así como “el coste de la energía de los suministros con aumento importante de potencia de la Casa Consistorial rehabilitada y de varias instalaciones hidráulicas para suministros de agua potable añadidos por el Ayuntamiento posteriormente a la firma del contrato”, los “gastos financieros generados por una inversión de más de un millón de euros” y “los gastos generales de la gestión y compra de la energía eléctrica (un 13 % sobre el coste, habitualmente en la Administración pública)”. Concluye que los “supuestos beneficios estimados para el período mayo 2022-mayo 2023 son totalmente erróneos”.

Por otro lado, manifiesta que la “fórmula de revisión de precios” del pliego de cláusulas administrativas particulares “solo revisa la variación del precio de la energía a más o a menos y el peso porcentual de cada tipo de tarifa eléctrica./ Desde luego no influye en el beneficio de (la adjudicataria) puesto que esta es (la) que adelanta el pago de la energía sufriendo en primera instancia la subida o bajada del coste de la misma”. Rechaza asimismo que los efectos de la resolución contractual deban ser los señalados por la responsable del contrato, los cuales -según indica- están calculados “sobre estimaciones y no sobre costes reales”.

Afirma que la indemnización de la contratista, “igualando todo a valores sin IVA”, debe comprender 484.920,27 €, cantidad a la que habría que añadir la “facturación de los nuevos suministros eléctricos que no estaban en los pliegos ni en contrato, solicitados por el Ayuntamiento desde mayo de 2021 hasta mayo 2022” y “desde mayo de 2022 en adelante”; la “facturación por P1 de noviembre de 2022 en adelante”; la “facturación de ajuste de la revisión P1 de mayo de 2022, de las facturas de junio a octubre de 2022 (...), pendientes de dicho ajuste con los precios anteriores a la revisión”, y “la facturación de ajuste de todas las facturas anteriores con la revisión de precios de P1 desde mayo 2022 hasta la fecha de resolución del contrato (puesto que la revisión de la P1 de cada año refleja la subida o bajada de precios de la electricidad durante el año anterior)”, más “los correspondientes intereses de demora por retraso en el pago de múltiples facturas de P1, P2 y P3 desde mayo de 2014 hasta la actualidad”.

4. El día 16 de febrero de 2023, se recibe en el registro municipal el informe librado por el Director General de Fundación Asturiana de la Energía con fecha 30 de enero de 2023. En él expresa que el objeto del informe, que se emite “bajo el modelo de entidad supervisora independiente” y la premisa de que “la información disponible” por la Fundación “no es completa”, no es “entrar en cuestiones legales que afectan a la decisión del Ayuntamiento de iniciar los trámites para la resolución del contrato”.

Afirma que “se puede habilitar una fórmula de revisión de precios de la prestación P1 que tenga en cuenta de una manera fiel lo definido en los pliegos”, si bien “esta conclusión no indica que se produzcan o no distorsiones importantes entre lo que (la adjudicataria) paga por el suministro eléctrico de todas las instalaciones del Ayuntamiento a la comercializadora y lo que efectivamente cobraría si se aplicase esta fórmula o incluso la fórmula inicial incluida en los pliegos”. Destaca que “la fórmula de revisión de precios existente en los pliegos (y también la que se plantea como revisada para incluir los efectos de los profundos cambios tarifarios de junio de 2021) no está

diseñada para favorecer la reducción del consumo eléctrico por parte del Ayuntamiento ya que solo tiene en cuenta las variaciones de tarifas en cada año, revisando los precios de la prestación P1 en función de ellas y su peso, no del consumo. En este sentido, todo ahorro que se consiga supone una mejora de las condiciones económicas para el adjudicatario. No obstante, esta situación no es consecuencia de cambios tarifarios o de situaciones extraordinarias sino de la propia concepción de la fórmula de revisión de precios incluida por el Ayuntamiento en los pliegos./ Por ello, ninguna medida de reducción de horas de funcionamiento o del flujo lumínico del alumbrado exterior supondría una reducción de los costes soportados por el Ayuntamiento”.

Seguidamente destaca la falta de información relativa a los consumos eléctricos reales que la empresa no facilita y que impiden “suscribir” por parte de la Fundación “la corrección o no de lo indicado respecto a los efectos de la resolución contractual”.

5. Con fecha 22 de febrero de 2023, la Jefa de Obra y Proyectos suscribe un informe en el que analiza las alegaciones formuladas por la contratista y que inicia reprochándole la falta de acreditación, mediante facturas, de las inversiones realizadas y los costes soportados por la energía eléctrica, si bien señala a continuación que “lo fundamental es si existe causa de resolución del contrato”, y a tal efecto señala que “la producción de beneficios caídos del cielo no depende de la voluntad de (la empresa) sino del diseño del contrato, pensado en una época de estabilidad del mercado eléctrico que ya no existe./ Lo importante no es si durante los años 2014-2020 hubo ascensos y descensos de la tarifa eléctrica que pudieron ocasionar pérdidas puntuales a la adjudicataria, sino que a partir de 2021 se produce la quiebra del mercado (...) y eso provoca un efecto de disparidad radical de prestaciones. Y otro efecto del contrato, la imposibilidad de aminorar los costes mediante el apagado de instalaciones”.

En cuanto a la indemnización a satisfacer por causa de la resolución del contrato puntualiza, “en relación con la alegación de que no se incluyen los

gastos generales de la gestión y compra de la energía eléctrica (un 13 % sobre el coste, habitualmente en la Administración pública)”, que “en caso de resolución del contrato se sustituyen por la indemnización del 3 % del importe de la prestación dejada de realizar”. Rechaza, por otra parte, que deban tenerse en cuenta “los gastos financieros” pues la cláusula vigesimocuarta del pliego de las administrativas particulares no los contempla.

Señala que la contratista “pretende aparentar que las inversiones pendientes de amortización suman un total de 1.493.096,23 € pero lo cierto es que en el documento de la oferta (...) estas ascienden a 1.078.091,23 €. Se pudiera interpretar que (la adjudicataria) considerase la diferencia por la inversión realizada como mejoras (...) pero, vista la oferta presentada, en la misma se detalla en negrilla que estas inversiones propuestas no supondrán ningún coste adicional para el Ayuntamiento de Ribadesella”.

Concluye que “el precio de la P4 es 1.078.091,23 € siempre que (la contratista) acredite documentalmente mediante facturas que las inversiones realizadas ascienden, al menos, a esa cifra”, y que “puede estimarse sin embargo que el periodo de amortización es de 9 años en lugar de 10 porque así se establece en el pliego de prescripciones técnicas particulares y en su modificación”, con lo que “la amortización anual a considerar es de, un máximo, de 119.787,91 €”.

Por otra parte, destaca que “existe un informe de la Fundación Asturiana de la Energía (...) que determina los costes de energía eléctrica de los últimos años a pesar de la ocultación por la adjudicataria de las facturas que la comercializadora (le) hace llegar”, y a partir de esos datos “podemos volver a calcular el daño estimado para el interés público que supone mantener el contrato en el contexto de ruptura histórica del mercado eléctrico”. De acuerdo con estos cálculos, “un aumento del 211 % en el coste de la energía eléctrica produce un aumento del 968 % en el resultado de explotación del contrato, y ello con independencia de que haya otros conceptos que añadir (...) para hallar los beneficios del contrato; tanto unos eventuales gastos financieros como otros gastos de gestión de energía pueden disminuir el beneficio real (o incluso

incurrir en pérdidas) pero no se distorsiona la desproporción entre el resultado del año 2021 (y los anteriores desde 2014) y el año 2022, ni tampoco hace disminuir el perjuicio para el interés público”.

En cuanto a los efectos de la resolución, propone estimar parcialmente la alegación de que el valor residual de las inversiones debe ser de 239.575,82 € al dividirse la inversión comprometida en el contrato entre 9 años. Asimismo, considera atendibles las alegaciones de que las operaciones deben realizarse sin IVA y que ha de considerarse el pago de los costes de electricidad soportados por la adjudicataria hasta el momento que se haga efectiva la resolución. Se rechaza la pretensión de que el 3 % se calcule sobre el importe de una revisión de precios “que no puede aprobarse por ser contraria a la ley”, y se precisa que la empresa ha de realizar las OCAS hasta un máximo de 40.000 € según la interpretación del contrato aprobada. Se refuta que la indemnización deba comprender la revisión de precios desde mayo de 2022 en adelante, que no se puede aprobar legalmente, y que “se compensa con la indemnización del 3 % de la prestación dejada de realizar”, rechazando asimismo que proceda incluir en ella el abono de los “intereses de demora por el retraso en el pago de múltiples facturas de P1, P2 y P3 desde mayo de 2014 hasta la actualidad”, dado que el mismo “se produce como consecuencia de los incumplimientos en los plazos de ejecución parcial del contrato”, y teniendo en cuenta que tales intereses “debieron ser reclamados en su momento y procedimiento correspondiente”. En definitiva, los efectos aproximados de la resolución se estiman en 253.662,84 € a reserva de lo que resulte “en la liquidación del contrato”, una vez que la adjudicataria “haya acreditado las facturas de las inversiones y de los costes soportados por la energía eléctrica”.

6. El día 22 de febrero de 2023, el Secretario General suscribe un informe en el que concluye que “la existencia de la causa de resolución ha quedado acreditada después de las alegaciones”. Respecto a los efectos de la resolución contractual, entiende que la cláusula vigesimocuarta del pliego de las administrativas particulares debe ser interpretada conforme a lo dispuesto en

los artículos 300 y 309 del TRLCSP, y que “la expresión ‘valor’ que utiliza” el pliego de cláusulas administrativas particulares “debe ser entendida como ‘precio’. Y el precio de la P4 -es decir, de las mejoras introducidas en las instalaciones y equipos objeto del contrato- fue determinado por la adjudicataria en su oferta y aceptado por el Ayuntamiento en 1.078.091,23 €. El resto de mejoras adicionales al servicio (...) o se amortizan con el precio P1 -durante la vigencia del contrato- o con la amortización lineal del precio P4 -en caso de resolución anticipada-, pero no son un precio adicional” que la adjudicataria “pueda ‘valorar’ ahora. Los precios del contrato son cuatro, P1, P2, P3 y P4, y en caso de resolución anticipada el primero se sustituye por la amortización lineal del cuarto. Lo contrario sería permitir” a la adjudicataria “introducir precios que no estaban previstos en el contrato. Dicho de otra manera, ganar en la resolución lo que no iba a ganar en la ejecución./ Por esta misma razón se abonará el precio completo del suministro de la P4, por lo que no quedará prestación dejada de realizar más que la referida a los servicios de la P2 y la P3. Por lo que sólo a estos últimos (...) debe aplicárseles el 3 % de indemnización”.

Por otra parte, entiende que “debe aplicarse el criterio de amortización lineal, de manera analógica, que establece el artículo 271 TRLCSP para las concesiones de obra y 288 para el contrato de gestión de servicios públicos porque, aunque fue calificado como contrato mixto de suministro y servicios -en el diseño realizado y promocionado por el Instituto para la Diversificación de la Energía-, lo cierto es que tiene evidentes similitudes con el contrato de concesión”. En consecuencia, propone “estimar parcialmente las alegaciones presentadas” por la adjudicataria “y acordar la resolución del contrato (...) por la causa prevista en el artículo 223.g) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”.

En cuanto a los efectos de la resolución del contrato considera que, a reserva de lo que resulte de la liquidación definitiva una vez que se hayan

acreditado “las facturas de las inversiones que conforman la P4”, habrá de satisfacerse a la adjudicataria la cantidad de 230.143,81 €.

Respecto a la devolución de la garantía definitiva, indica que se producirá “a partir del 5 de mayo de 2026, una vez extinguida la extensión por dos años desde la finalización del plazo de 10 años inicial” y “comprobado que no resultan responsabilidades en los términos del artículo 102 TRLCSP”.

Asimismo, propone la subrogación por el Ayuntamiento de dos trabajadores e indica que la finalización de los servicios prestados por la adjudicataria tendrá lugar el 1 de julio de 2023.

7. Con fecha 22 de febrero de 2023, el Interventor Municipal libra un informe sobre la resolución del contrato en el que manifiesta que en el ejercicio en curso la ejecución del mismo “supondría nada más y nada menos que 1/3 de los recursos ordinarios del Ayuntamiento de Ribadesella, lo que deriva, sin ninguna duda, en la imposibilidad de continuar con su ejecución en los términos actuales”. Tras destacar la imposibilidad de “poner en marcha medidas que permitiesen bajar el coste del contrato, como por ejemplo, ‘apagones’ selectivos en el alumbrado público, pues eso solo repercutiría en más beneficios para el contratista, a la luz de los pliegos que rigen la contratación”, afirma que “el beneficio (incluyendo en este término tanto lo que es el beneficio propiamente dicho como la recuperación de la inversión) para el contratista derivado de la ejecución del contrato proviene del ahorro en el consumo de energía originado por las inversiones por él efectuadas; siendo así, resulta evidente que cuanto mayor sea el precio que se pague por una energía ‘no consumida’ mayor será el beneficio para el contratista. Beneficio, por tanto, que se ha visto multiplicado como consecuencia del incremento en el precio de la energía de sobra conocido por todos y que, por tanto, entendemos, quiebra el equilibrio económico del contrato”.

8. El día 23 de febrero de 2023, el Alcalde del Ayuntamiento de Ribadesella acuerda solicitar al Consejo Consultivo la emisión del preceptivo dictamen y

suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento por el tiempo que medie entre la citada solicitud y la recepción del dictamen con notificación de tal acto a la adjudicataria.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de febrero de 2023, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de resolución del contrato de servicios energéticos de alumbrado público, adjuntando a tal fin copia del expediente en soporte digital y en papel.

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 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Ribadesella, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- De acuerdo con los preceptos citados, la consulta preceptiva a este Consejo sobre resolución de contratos administrativos está condicionada a que “se formule oposición por parte del contratista”, lo que se constata en este caso.

TERCERA.- La calificación jurídica del contrato que analizamos es la propia de un contrato administrativo mixto de suministros y servicios, siendo la prestación de suministros la más importante desde el punto de vista económico. Por razón

del tiempo en que fue adjudicado -11 de marzo de 2014-, su régimen jurídico sustantivo resulta ser el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y en 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. Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el artículo 19 del TRLCSP, el establecido por la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del TRLCSP, 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”. En el mismo sentido, el artículo 114 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (en adelante TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, atribuye al órgano de la entidad local competente para contratar la facultad de acordar la resolución de los contratos celebrados con los límites, requisitos y efectos legalmente señalados.

El ejercicio de tal prerrogativa, 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.

Mientras que la norma aplicable a la resolución y al resto de los efectos del contrato es la vigente al tiempo de su adjudicación conforme señalan las sucesivas disposiciones transitorias de las leyes de contratación, al objeto de determinar la ley aplicable al procedimiento de resolución contractual y a la competencia del órgano que debe acordarla hemos de remitirnos al momento

de inicio del procedimiento resolutorio (según hemos indicado, entre otros, en los Dictámenes Núm. 31/2015 y 71/2021). En el caso que analizamos, la incoación del procedimiento resolutorio mediante Acuerdo del Pleno de 30 de noviembre de 2022 determina la aplicabilidad de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

De conformidad con lo señalado en el artículo 212.1 de la LCSP, “La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca”. Esta última remisión normativa hay que entenderla referida al artículo 109.1 del RGLCAP, que 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 ámbito de la Administración local, el artículo 114.3 del TRRL establece como necesarios para la resolución de los contratos los informes de la Secretaría y de la Intervención municipal.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de los trámites señalados, toda vez que se ha dado audiencia a la empresa adjudicataria y también a la avalista -pese a que en este caso no resultaba preceptiva al no incluir los efectos resolutorios la incautación de la garantía- y se ha emitido informe por parte de la Secretaría municipal y de la Intervención, a la vista de las alegaciones formuladas, habiéndose elaborado la correspondiente propuesta de resolución.

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, conforme a lo señalado en los artículos 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP, corresponde al órgano de contratación. En el caso analizado, el contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por el Pleno del Ayuntamiento; ahora bien, en el acuerdo de incoación del procedimiento resolutorio dicho órgano ha acordado delegar en el Alcalde cuantos actos corresponda adoptar en el mismo -delegación que ha sido objeto de la preceptiva publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 20 de diciembre de 2022-, por lo que habrá de ser dicha autoridad la que le ponga fin.

Finalmente se advierte que, iniciado el procedimiento resolutorio el día 30 de noviembre de 2022, y teniendo en cuenta que resulta aplicable al mismo el plazo de resolución de tres meses (por haberse iniciado con posterioridad a la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/2021, de 18 de marzo -ECLI:ES:TC:2021:68-, por la que el artículo 212.8 de la LCSP queda desprovisto de su condición de norma básica) y que opera la suspensión del mismo por la petición de dictamen a este Consejo Consultivo el día 23 de febrero de 2023, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, dicho plazo aún no ha transcurrido.

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.

La resolución que se pretende encuentra su base normativa en el artículo 223, letra g), del TRLCSP, "La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos

términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I”.

Según expresamos en el Dictamen Núm. 235/2021, dicho motivo resolutorio surgió, según advierte el Consejo de Estado en el Dictamen 215/2010, “como respuesta al régimen restrictivo de modificación de los contratos administrativos que se introdujo en el año 2007” y con la finalidad 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”.

Como pusimos de manifiesto en el dictamen anteriormente citado, la jurisprudencia viene reiterando (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) que “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 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’”.

Ahora bien, tal doctrina ha de ser objeto de interpretación restrictiva según viene señalando el Tribunal Supremo de forma constante (por todas, Sentencia de 9 de septiembre de 2020 -ECLI:ES:TS:2020:2807-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª), por lo que “no puede ser empleada para precaver la compensación de riesgos racionalmente previsibles”, siendo preciso además que “se ‘alteren sustancialmente’ las condiciones de ejecución” teniendo en cuenta que “el principio de riesgo y ventura no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando ésta (fuera de los supuestos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual, por su excesiva

onerosidad, por su imposible compensación mediante la revisión de precios cuando así esté pactada (...) y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente)”.

En similares términos se había pronunciado antes el Consejo de Estado (entre otros, Dictamen 379/2014) al indicar que “la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula *rebus sic stantibus*). Pero debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual. La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración *factum principis*, bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente y se quiebre enteramente el equilibrio contractual (...). Es por tanto esta doctrina la que ha de examinarse para su aplicación en este concreto supuesto. El principio de riesgo y ventura que rige la actuación económica de la contrata no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando esta (fuera de los supuestos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual,

por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante los mecanismos contractuales reguladores (la revisión de precios cuando procede entre otros) y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente)”.

En suma, la aplicación de la doctrina que comentamos requiere no sólo una alteración de circunstancias de carácter imprevisible y extraordinaria sino, además, que no sea posible una adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios u otro mecanismo previsto en el contrato, así como una incidencia sobre la economía general del contrato que rebase los límites razonables que todo contrato lleva consigo y que comporta, por tanto, una quiebra radical del equilibrio económico-financiero contractual por su extraordinaria y excesiva onerosidad.

En el asunto que analizamos, la resolución contractual pretendida encontraría su fundamento, antes que en la “imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados” a que se refiere en primer término el artículo 223, letra g), del TRLCSP, en “la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos”, pudiendo identificarse como interés público en riesgo el de “eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios”, en conexión con el “objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto” que se enuncia, a modo de elemento rector de la contratación del sector público, en el artículo 1 del TRLCSP. En efecto, según señala el Interventor municipal en su informe, de continuar con la ejecución del contrato en los términos pactados su coste consumiría en el ejercicio en curso “1/3 de los recursos ordinarios del Ayuntamiento de Ribadesella”, con el consiguiente perjuicio para el interés público ante su excesiva onerosidad.

Ha de puntualizarse que el Consistorio no trata de eludir el alza de los precios de la energía, que debe soportar como cualquier consumidor, sino de evitar el efecto pernicioso que produce en el contrato, dado su diseño, el extraordinario y notorio incremento de los precios del suministro eléctrico a

partir de 2021. En efecto, según explica la Jefa de Obra y Proyectos en su informe de 18 de noviembre de 2022, las prestaciones de las partes se articulan en torno a un “contrato financiero” por el que la adjudicataria financia y realiza en el primer año de ejecución una serie de inversiones de mejora en la eficiencia en las instalaciones municipales a cambio de percibir del Ayuntamiento por el servicio de suministro eléctrico, durante la vida del contrato, una cantidad anual fija que toma en consideración los precios de la energía pero es ajena al consumo real. Según este sistema, ideado en una época de estabilidad de precios, la empresa obtiene sus beneficios con los ahorros producidos en los consumos y el Ayuntamiento, a cambio de satisfacer una cantidad inicialmente calculada para resultar “algo inferior a la que este gastaba anteriormente en electricidad”, recibe al final del plazo de ejecución del contrato unas instalaciones que consumirán un 60 % menos que en 2014.

Como consecuencia de aquel diseño, que tiene en cuenta para la determinación del precio del contrato los costes de suministro de la energía pero no el consumo realmente producido según se ha indicado, el encarecimiento de los precios de la energía derivado de la “ruptura histórica” o “quiebra” del mercado eléctrico producida a partir de 2021, a la que se refiere la Jefa de Obra y Proyectos en su informe de 22 de febrero de 2023, impacta en el contrato generando un encarecimiento exponencial del precio que ha de satisfacer la Administración y el correlativo incremento de los beneficios de la empresa contratista, que -según estima el Secretario General en su informe de 18 de noviembre de 2022- casi sextuplican los inicialmente previstos y triplican los de la última revisión de precios.

Tal eventualidad no pudo ser diligentemente prevista al tiempo de la celebración del contrato, hace 9 años, pues el contexto del mercado era totalmente distinto al actual. En este sentido, como se señala en el informe de la Jefa de Obra y Proyectos de 18 de noviembre de 2022, mientras que entre el año 2014 -en que se adjudica el contrato- y mayo de 2021 -en que tiene lugar la última revisión de precios- aquellos oscilan “alrededor del 35 %”, en marzo de 2022 tal oscilación “alcanza un máximo del 435 %”.

En tales circunstancias, se produce una excesiva onerosidad de la prestación que debe abonar el Ayuntamiento y una frustración completa de las necesidades a satisfacer por la contratación de referencia y, por ende, de los presupuestos contractuales, que -como indica el Secretario municipal- eran los de obtener “un ahorro económico moderado inmediato, un ahorro energético sustancial inmediato y ahorro económico muy importante al término del mismo”.

Tal onerosidad no puede ser compensada mediante la modificación del contrato ni mediante la revisión de precios.

Respecto a la modificación de los contratos, consideramos que no se trata únicamente de que el pliego de cláusulas administrativas particulares no haya “detallado de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, así como el alcance y límites de las modificaciones” en los términos de lo dispuesto en el artículo 106 del TRLCSP, como acertadamente apunta el Secretario General, sino de que, con carácter general, la modificación de los contratos públicos se refiere exclusivamente al cambio de su objeto; esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, y no al precio. En relación con esta cuestión, si bien no ignoramos que la Audiencia Nacional ha admitido en la Sentencia de 10 de octubre de 2022 -ECLI:ES:AN:2022:4711- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª) la posibilidad de modificar el precio de un contrato por razones de interés público atendidas las circunstancias concurrentes en el caso concreto, estimamos que en el asunto sobre el que se nos consulta debemos reiterar el parecer emitido en el Dictamen Núm. 293/2022, alineado con la posición mayoritaria que sostienen el Tribunal Supremo, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que constriñe la modificación de los contratos a su objeto. En este sentido se pronuncian la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:4276- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª), la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de 10 de diciembre de 2018 y la

Resolución n.º 436/2022, de 7 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En cuanto a la revisión de precios, tampoco es una fórmula viable en este caso para la compensación de los efectos que la alteración sobrevenida de circunstancias ha generado en el equilibrio económico-financiero contractual, pues -como se expresa en el informe librado por el Director General de la Fundación Asturiana de la Energía de 30 de enero de 2023- aun si se revisaran los precios del contrato no se eliminarían las “distorsiones importantes entre lo que (la adjudicataria) paga por el suministro eléctrico de todas las instalaciones del Ayuntamiento a la comercializadora” y lo que percibe de la Entidad Local de acuerdo con el sistema de determinación del precio del contrato, ya que la fórmula de revisión de precios “solo tiene en cuenta las variaciones de tarifas en cada año, revisando los precios de la prestación P1 en función de ellas y su peso, no del consumo”.

En cuanto a los efectos de la resolución contractual ha de estarse a lo establecido en el artículo 225.5 del TRLCSP, a cuyo tenor “Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista”.

La liquidación propuesta por el Ayuntamiento se ajusta al precepto que se acaba de transcribir pues, además del abono del valor de las instalaciones pendientes de amortización y el coste de la electricidad soportado por la empresa hasta la fecha en que tenga lugar la resolución del contrato, incluye la indemnización del 3 % de las prestaciones P1, P2 y P3 que se dejarán de ejecutar, lo que se cuantifica en la cifra aproximada de 253.662,84 €, a reserva de lo que resulte una vez que el adjudicatario haya acreditado, mediante facturas, el coste tanto de las inversiones efectuadas como del suministro eléctrico.

Finalmente, respecto a la devolución de la garantía definitiva, en aplicación de lo previsto en el artículo 102.1 del TRLCSP está habrá de

producirse a partir del plazo de extensión por dos años previstos a contar desde la resolución del contrato, no desde la finalización del plazo inicial de duración.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede la resolución del contrato de servicios energéticos de alumbrado público del Ayuntamiento de Ribadesella por la causa de posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en los términos inicialmente pactados.”

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.