

Dictamen Núm. 167/2023

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 20 de julio de 2023, por medios electrónicos, 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 27 de marzo de 2023 -registrada de entrada el día 12 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la resolución del contrato de suministro de *pellets* del Ayuntamiento de Illas.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

- 1.** Mediante sendos correos electrónicos dirigidos a con fechas 26 de enero y 16 de febrero de 2023, el Ayuntamiento de Illas solicita el suministro de 2.500 kg de *pellets* a granel.
- 2.** El día 16 de febrero de 2023, el Gerente de la adjudicataria suscribe un escrito en el que refiere que “a fecha 12 de septiembre de 2022 (...) presentó solicitud para que se confirmara y/o admitiera resolución de mutuo acuerdo del contrato de suministro de *pellets* (...), tanto en sacos de 15 kg como a granel (...), en atención a consideraciones de interés público *ex art. 221.1, letra c), (sic)*

de la LCSP". Señala que "habiéndose notificado a esta parte resolución desestimatoria, a fecha 31 de octubre de 2022 la sociedad (...) formalizó recurso de reposición" frente a la misma, y que "el 30 de noviembre de 2022 (...) presentó anuncio de interposición de recurso contencioso-administrativo, siendo admitido por decreto de (...) 2 de diciembre de 2022, tramitando el recurso por las normas del procedimiento ordinario".

Afirma reiterar "la imposibilidad, sin culpa de la mercantil adjudicataria, de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados", que justifica en "la ausencia en el mercado maderero del aserrín y la viruta seca, principales materias primas indispensables para la elaboración de *pellets*", en un contexto de "circunstancias sobrevenidas, extraordinarias y razonablemente imprevisibles, no imputables a una deficiente gestión del adjudicatario, que provocan una subversión grave en la economía del contrato de suministro, de modo que su cumplimiento se torna extraordinariamente gravoso o incluso imposible en términos económicos". Tras indicar que "el coste de producción para una tonelada de *pellets* se ha incrementado en un 117 % al ascender desde el mes de octubre del año 2021 de 139,08 euros por tonelada hasta los 302,85 euros", afirma que, "como muestra de la buena fe habitual en el proceder de la sociedad adjudicataria, se propuso la resolución del contrato referido por mutuo acuerdo que permitiera (...), bien a través de un contrato menor o por medio de una nueva licitación, garantizar el abastecimiento teniendo en cuenta el precio real de mercado. Es decir, de ningún modo se ha producido un incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución imputable a la sociedad contratista, sino en todo caso se ha pretendido una solución consensuada para solventar tal situación".

Adjunta los siguientes documentos: a) Tablas en las que refleja las "diferencias de los costes de fabricación" en un año (de octubre de 2021 a octubre de 2022). b) Documento intitulado "certificación carencia de materias primas", suscrito el 15 de diciembre de 2022 por el administrador de una empresa que -según manifiesta- "provee o suministra profesionalmente" a la adjudicataria "materias primas consistentes en serrín, astilla destinada a

modificaciones posteriores y, en particular, para la elaboración y fabricación de *pellets*". En él se reseña que "desde hace meses se observa una constante aminoración en el mercado maderero del aserrín y la viruta seca (principales materias primas indispensables para la elaboración de *pellets*), disminuidas, entre otras circunstancias, por la reducción en los turnos de trabajo, la rebaja persistente de los pedidos en la industria maderera, la inflación galopante, el conflicto bélico que acontece en el territorio de Ucrania y, especialmente, por las prácticas anticompetitivas de ciertas entidades con una cuota de mercado muy elevada que en lugar de destinar las materias primas necesarias para la fabricación de *pellets* a los proveedores intermedios las remiten a mercados internacionales, produciéndose un desabastecimiento a nivel nacional". Finalmente manifiesta que "las peticiones (...) que nos solicitan diversos clientes", entre ellos la adjudicataria del contrato referenciado, "no han podido ser suministradas por el desabastecimiento de estas, o se han materializado en términos muy reducidos prácticamente insignificantes". c) Correo electrónico dirigido por el gerente de la contratista a una funcionaria del Ayuntamiento de Illas el 30 de diciembre de 2022 en el que refiere que, tras haber manifestado a través de varios escritos "la imposibilidad de suministrar *pellets* por razones ajenas a la voluntad y buena fe de la sociedad adjudicataria", y "ante tal indefensión, se formuló recurso contencioso-administrativo, y como medida cautelar se instó la suspensión del suministro. El 1 de diciembre se admitió el recurso contencioso y se dio traslado por 10 días al Ayuntamiento para que alegue lo que considere sobre esas medidas cautelares. Estamos a la espera de que resuelva el Juzgado de lo Contencioso de Oviedo sobre la procedencia o no de la medida cautelar solicitada, y, en cualquier caso, instamos al (...) Ayuntamiento (...) a que, al amparo de la tutela judicial efectiva, se aguarde a que se resuelva en vía judicial contencioso-administrativa la procedencia o no de la misma". d) Escrito firmado por el gerente de la adjudicataria el 11 de enero de 2023 y dirigido al Alcalde del Ayuntamiento de Illas en el que alude a "la imposibilidad, sin culpa (...), de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados", negando que se haya producido "un incumplimiento

parcial o cumplimiento defectuoso o de demora en la ejecución imputable a la sociedad contratista, sino en todo caso se ha pretendido una solución consensuada para solventar tal situación”.

3. Con fecha 5 de enero de 2023, el Alcalde del Ayuntamiento de Illas comunica a la adjudicataria que “este Ayuntamiento es consciente de (que) su solicitud de suspensión de la ejecución del contrato está pendiente de ser resuelta y por ello ha aguardado una semana antes de enviar esta comunicación”; no obstante, “en este momento el combustible disponible (...) apenas da para unos días de funcionamiento, precisando un nuevo suministro”, por lo que “se le recuerda” que debe “prestar el suministro en el plazo máximo de seis horas a contar desde que se efectúe el pedido” de acuerdo con las “condiciones de ejecución ofertadas por esa mercantil”, y que “el transcurso de ese plazo puede suponer un supuesto de incumplimiento parcial o defectuoso del contrato, el cual dará lugar a la resolución (...), así como a la exigencia de una indemnización por los daños y perjuicios que este cumplimiento ocasione, ya que en caso de no atender el pedido este Ayuntamiento se verá en la obligación de recurrir a otros suministradores para poder abastecer de calefacción los diferentes edificios municipales”.

4. Mediante Providencia de la Alcaldía de 22 de febrero de 2023, se dispone que por parte de la Secretaría-Intervención se emita informe sobre la legislación aplicable y el procedimiento a seguir para tramitar la resolución del contrato.

5. Con fecha 22 de febrero de 2023 el Secretario-Interventor suscribe un informe en el que señala que, puesto que “el contrato de suministro objeto del expediente se encuentra en vigor y no suspendido, nos encontramos con un incumplimiento de la obligación principal del contrato./ Así, el pliego de prescripciones técnicas particulares, en su prescripción sexta, apartado tercero establece que “El suministrador garantizará la regularidad del suministro de combustible, no pudiendo suspenderlo (...)”. Por otro lado, la prescripción

técnica quinta, apartado primero, referida al transporte y distribución de los suministros, establece que `Los productos a suministrar se entregarán a medida que se vayan solicitando por el Ayuntamiento de Illas. El suministro se realizará en el plazo máximo de dos días hábiles después de haber recibido el pedido formalmente, y dentro del horario de apertura de la instalación´. Además, al haber sido uno de los criterios de adjudicación la mejora de tiempo en hacer efectivo el suministro de *pellet*, resulta que la adjudicataria se comprometió en su oferta a hacer efectivos los suministros en un plazo máximo de seis horas desde su formalización./ En cuanto a la formalización de los pedidos, estos se han ido haciendo por correo electrónico. (La empresa) ha respondido a cada pedido incumplido presentando un escrito dando por justificado el retraso en el suministro, lo cual pone de manifiesto que el contratista ha tenido conocimiento de la realización del pedido de combustible en el marco de la ejecución del contrato (...). Por último, no es ocioso señalar que el contratista se encuentra obligado no sólo por su propia oferta sino también por los propios pliegos del contrato, así el artículo 139 de la Ley 9/2017 establece que la presentación de proposiciones supone `la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna´. De esta forma y tal como se deduce de la documentación obrante en el expediente (...), se está incumpliendo la obligación de suministrar el combustible contratado en los plazos pactados”.

En cuanto a los efectos resolutorios, señala que “cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan de la garantía incautada”, y que “el artículo 71.2.d) LCSP establece como prohibición para contratar `Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley´. Esta prohibición (...) afectará al ámbito del órgano de contratación, si bien se podrá extender a todo el sector público en el que se integre este órgano, en este caso, el Ayuntamiento de Illas. La declaración de la

prohibición de contratar se realizará en un expediente específico conforme al procedimiento fijado en el artículo 72 LCSP”.

6. Mediante Resolución del Alcalde del Ayuntamiento de Illas de 23 de febrero de 2023, se dispone iniciar el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento de su obligación principal y otorgar al contratista un plazo de diez días hábiles para formular alegaciones, lo que se le comunica el día 3 de marzo de 2023.

7. Con fecha 7 de marzo de 2023, el Gerente de la contratista presenta en el registro municipal un escrito de alegaciones en el que reitera la “imposibilidad, sin culpa, de la mercantil adjudicataria de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados”. Insiste en que “el coste de producción para una tonelada de *pellets* se ha incrementado en un 117 % al ascender desde el mes de octubre del año 2021 de 139,08 euros por tonelada hasta los 302,85 euros”, y afirma que “como muestra de la buena fe habitual en el proceder (...) se propuso la resolución del contrato referido por mutuo acuerdo que permitiera al (...) Ayuntamiento de Illas, o bien a través de un contrato menor o por medio de una nueva licitación, garantizar el abastecimiento teniendo en cuenta el precio real de mercado”.

Teniendo en cuenta que “existe una instancia judicial que está conociendo sobre la misma materia”, solicita la suspensión del procedimiento resolutorio “hasta que se resuelva aquel del que pende”, conforme a la “doctrina de la prejudicialidad homogénea que proclama el art. 43 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”, pues “de lo contrario se asumiría el riesgo de dictar una resolución incoherente con la que, en su momento, dicte el órgano jurisdiccional”. En apoyo de esta pretensión cita diversos pronunciamientos del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Adjunta el Decreto de la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 de Oviedo de 23 de febrero de

2023, por el que se tiene por contestada en tiempo y forma la demanda por la representación procesal del Ayuntamiento de Illas y se fija la cuantía del recurso.

8. El día 27 de marzo de 2023 el Secretario-Interventor suscribe un informe a modo de propuesta de resolución en el que señala que, “independientemente de que resulte aplicable el principio de prejudicialidad”, el contrato “no se encuentra suspendido ni en vía administrativa ni en vía judicial, medida cautelar solicitada por el contratista (...) y denegada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (...), de forma que (...) se encuentra en fase de ejecución y su contenido y efectos son de plena aplicación y exigencia a las partes”.

Manifiesta que “del hecho de que no se haya servido ni uno de los pedidos efectuados desde el 29 de diciembre de 2022” se deduce un “incumplimiento notorio de su mismo objeto que no puede ser tolerado en ningún caso, pero sobre todo sí” causa “un perjuicio a la hacienda local al tener que recurrir a terceros suministradores que ofertan un precio notablemente superior al pactado”.

En cuanto a la “aplicabilidad de la prejudicialidad”, destaca que “tanto de la redacción del precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil como de los propios antecedentes consultivos y administrativos aportados por el contratista” se desprende que “no basta con que cualquier acto administrativo del contrato se encuentre recurrido en vía judicial para que resulte aplicable la litispendencia, sino que ha de haber una relación directa entre la cuestión que se aborda (en el procedimiento judicial y el procedimiento administrativo./ En este caso se recuerda que el procedimiento ordinario (...) se interpuso contra la resolución de este Ayuntamiento por la que se desestimaba la solicitud de resolución del contrato administrativo por mutuo acuerdo al no concurrir los requisitos para ello. Independientemente de cuál sea el fallo judicial en ese procedimiento, el contrato de suministro está en vigor, desplegando sus efectos y son exigibles las obligaciones que dimanar del mismo toda vez que no se ha suspendido cautelarmente, de tal forma (que) su incumplimiento -como es el caso- ha de acarrear las consecuencias que los pliegos del contrato y la Ley de Contratos del

Sector Público” determinan, “en este caso la resolución por incumplimiento del contratista (...). De otro modo, se da el absurdo de que hasta que no se falle sobre el asunto el incumplimiento de un contrato en vigor no acarrea ninguna consecuencia a la parte incumplidora”.

En cuanto a “la `imposibilidad´ de cumplir con el objeto del contrato y el notable incremento de los costes de producción que hace antieconómico el contrato”, significa que “el artículo 197 de la Ley de Contratos del Sector Público consagra el principio de riesgo y ventura, de tal forma que el simple incremento del precio de las materias primas no legitima al adjudicatario para la resolución del contrato sin más consecuencias, en especial si (...) no ha lugar a la resolución por mutuo acuerdo. El principio de riesgo y ventura de los contratos administrativos consiste en la obligación del adjudicatario del contrato de asumir (...) -las pérdidas o beneficios- derivados de la ejecución del contrato administrativo. Las circunstancias narradas por el adjudicatario -mayores costes de producción y menor disponibilidad de la materia prima- no dan lugar a un supuesto de fuerza mayor que haga imposible su cumplimiento sino que, tal y como estableció la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su informe 38/20, si `la obligación puede seguir cumpliéndose, bien (...) por un precio o en condiciones diferentes, la aplicación del concepto de fuerza mayor no es posible desde un punto de vista jurídico´”. Señala que “el cumplimiento” del contrato “es posible”, pues “ante las negativas del contratista de suministrar el combustible el Ayuntamiento contrata mediante contrato menor el pedido rechazado sirviéndose el mismo, como máximo, en dos o tres días y -a veces- en el mismo día del encargo. Por otro lado, y como se deduce de los datos de la Plataforma de Contratación del Sector Público, y así se ha hecho constar en la contestación al recurso contencioso-administrativo interpuesto, el contratista ha estado cumpliendo correctamente contratos adjudicados por otras Administraciones públicas a lo largo de otoño de 2022 (caso del contrato de suministros del Ayuntamiento de Peñamellera Baja), e incluso ha resultado adjudicatario de contratos (Organismo Autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias) a precios ligeramente superiores al de este

Ayuntamiento (21 €/tn) (*sic*), apenas un mes antes de solicitar la resolución de mutuo acuerdo a este Ayuntamiento”.

Por ello, propone la resolución “por incumplimiento de la obligación principal del contrato, en tanto no se atienden los pedidos de suministro desde el 29 de diciembre (...) y hasta la fecha, supuesto subsumible en el artículo 211.1.f) de la Ley de Contratos del Sector Público, previo dictamen preceptivo del Consejo Consultivo del Principado de Asturias./ Dado que no se exigió la constitución de garantía definitiva no (ha) lugar a adoptar decisión alguna sobre ella, procediendo, eso sí, la indemnización por parte del contratista por los daños y perjuicios ocasionados que, se estima, vendrán dados por la diferencia de precios entre los 199 €/tonelada, IVA excluido, y los precios (...) unitarios de cada uno de los contratos menores (...) que el Ayuntamiento se ha visto obligado a realizar hasta el momento en que se resuelva el contrato”.

9. Mediante Resolución de la Alcaldía de 27 de marzo de 2023, se dispone “solicitar dictamen preceptivo al Consejo Consultivo del Principado de Asturias” y “suspender, de conformidad (con) el artículo 22.1.d) de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el plazo máximo para resolver y notificar la resolución por el tiempo que medie entre la petición y la recepción del informe, con un máximo de tres meses”.

Consta en el expediente la notificación de la citada resolución al interesado.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de marzo 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 suministro de *pellets* objeto del expediente núm. del Ayuntamiento de Illas, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

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 Illas, 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”.

Puesto que no se ha remitido a este Consejo el expediente completo, desconocemos si la persona que formula oposición a la resolución pretendida es la misma que suscribió en su día el contrato en calidad de representante de la mercantil interesada o, en cualquier caso, si dispone de poder bastante para representarla actualmente.

A propósito de la representación, el artículo 5.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), establece que, “Para formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación”.

Como ya hemos señalado en anteriores ocasiones (por todas, Dictamen Núm. 189/2019), en la medida en que la oposición del contratista condiciona el carácter de la consulta a este Consejo, consideramos que la acreditación de la representación no puede calificarse como de mero trámite y que, por ello, no debe presumirse. Desconocido el título con el que actúa la persona que

manifiesta en nombre de la adjudicataria la oposición a la resolución contractual, este Consejo no podría pronunciarse sobre el fondo del asunto si falta el presupuesto subjetivo que convierte la consulta en preceptiva; esto es, la acreditación de quien se opone a la pretensión del órgano consultante.

No obstante, puesto que la Administración ha admitido sin más la representación de la adjudicataria, podríamos entender que quien suscribe el escrito de alegaciones pudo actuar como "factor notorio", resultando de aplicación analógica lo dispuesto en el artículo 286 del Código de Comercio, según el cual "Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocida, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos".

Con base en este razonamiento, y de acuerdo con el principio constitucional de eficacia administrativa, entendemos de aplicación a los efectos de emisión de este dictamen preceptivo lo establecido en el artículo 5.6 de la LPAC, que permite subsanar la falta o insuficiente acreditación de la representación antes de dictarse la resolución que ponga fin al procedimiento, dentro de un plazo de diez días, que habrá de conceder al efecto el órgano administrativo o de uno superior si las circunstancias del caso lo requieren.

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

Por razón del tiempo en que fue adjudicado -2 de julio de 2021- 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). Dentro del referido marco legal, el régimen al que han de ajustarse los efectos y extinción del contrato es, según el apartado 2 del artículo 25 de la LCSP, el establecido en la propia Ley y sus disposiciones de desarrollo

-destacadamente el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP)-, 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”. 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.

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 la LCSP; 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 procedimentales: 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, salvo que no resulte

preceptivo atendiendo a la causa resolutoria, y dictamen del órgano consultivo que corresponda 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 el informe de la Secretaría e Intervención municipales.

El expediente sometido a nuestra consideración da cuenta del cumplimiento de los trámites señalados, toda vez que se ha dado la preceptiva audiencia a la empresa adjudicataria. Asimismo, obra entre la documentación remitida el informe del Secretario-Interventor 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 LPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Ahora bien, tal circunstancia, en cuanto no ha llegado a causar indefensión material a la contratista, que ha podido formular durante la sustanciación del trámite de audiencia cuantas alegaciones ha estimado oportunas en defensa de sus derechos e intereses, integra únicamente una irregularidad formal que no invalida lo actuado en el procedimiento.

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 mismo órgano de contratación. En el caso examinado, el contrato cuya resolución se somete a nuestra consideración fue adjudicado por el Alcalde del Ayuntamiento de Illas, por lo que habrá de ser dicha autoridad la que dicte la resolución que ponga fin al procedimiento.

Finalmente se aprecia que, iniciado el procedimiento resolutorio el día 23 de febrero de 2023, y teniendo en cuenta que opera la suspensión del plazo por la petición de dictamen a este Consejo Consultivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la LPAC, habiéndose formulada ésta el día 27 de abril de 2023, debemos concluir que el plazo de resolución de tres meses (aplicable al haberse iniciado el procedimiento 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) aún no ha transcurrido.

CUARTA.- En relación con el fondo del asunto debemos subrayar, en primer lugar, que la contratista está obligada a ejecutar el contrato con arreglo a lo dispuesto en sus cláusulas y en las de los pliegos anejos a él, que se consideran documentos contractuales. Por ello, en caso de incumplimiento de sus obligaciones es el interés público el que ampara la decisión de la Administración de resolver el contrato, si bien para ello se requiere que tal medida sea adecuada y conforme a la normativa vigente y a las cláusulas establecidas en el mismo.

El procedimiento resolutorio que analizamos se incoa con base en la causa de resolución a que se refiere el artículo 211.1.f) de la LCSP, esto es, “El incumplimiento de la obligación principal del contrato”.

Constatado que la empresa adjudicataria no sólo ha comunicado su pretensión de desvincularse unilateralmente del contrato sino que, además, ha desatendido efectivamente sus compromisos al no haber atendido ninguno de los pedidos de suministro efectuados desde el 29 de diciembre de 2022, según se expresa en la propuesta de resolución, no habiéndose admitido tampoco la suspensión cautelar de la prestación contractual, ha de tenerse por probado el incumplimiento de la obligación principal del contrato, por lo que únicamente queda por determinar si cabe atribuir al empresario la responsabilidad derivada de la falta de abastecimiento de los bienes comprometidos o si, como éste afirma, concurre una causa exoneratoria del cumplimiento de sus obligaciones en los términos pactados.

El contratista pretende que su incumplimiento se excuse considerando que concurren “circunstancias sobrevenidas, extraordinarias y razonablemente imprevisibles (...) que provocan una subversión grave en la economía del contrato de suministro, de modo que su cumplimiento se torna extraordinariamente gravoso o incluso imposible en términos económicos”.

Explica que tales circunstancias son tanto el encarecimiento de los costes de producción de los *pellets* que -según indica- “se ha incrementado en un 117 %” desde el mes de octubre de 2021, como el “desabastecimiento a nivel nacional” de las materias primas necesarias para su fabricación.

En relación con las alegaciones del adjudicatario ha de señalarse que, si bien constituye un hecho notorio la subida del precio del suministro al consumidor final de este tipo de combustible en los últimos dos años, no puede tenerse por cierto el encarecimiento de los costes de fabricación calculado por el mismo en un 117 %, en la medida en que las justificaciones aportadas para tal incremento del gasto productivo no se sustentan en índices objetivos sino en sus meras manifestaciones. Por la misma razón, no puede tenerse por acreditado que el cumplimiento del contrato de cuya resolución se trata en las condiciones pactadas -199 euros por tonelada (sin IVA), según se extrae del anuncio de adjudicación publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público- resulte “extraordinariamente gravoso o incluso imposible en términos económicos” debido al incremento de los costes de producción que vienen experimentándose desde el mes de octubre de 2021; máxime cuando, tal y como se expresa en la propuesta de resolución y puede constatarse con la información disponible en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 9 de agosto de 2022 -esto es, solo un mes antes de manifestar su pretensión de desvincularse unilateralmente del contrato que nos ocupa- la Directora Gerente del Organismo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias adjudicó a la misma mercantil, “por haber presentado la oferta económicamente más ventajosa”, el suministro de *pellets* destinado a cuatro centros dependientes del citado organismo por un precio ligeramente superior -211 euros por tonelada (sin IVA)-.

Por otra parte, el hecho de que la “solución consensuada” propuesta por el contratista en su escrito de 16 de febrero de 2023 incluya la resolución del contrato referido por mutuo acuerdo y su posterior adjudicación, “bien a través de un contrato menor o por medio de una nueva licitación (...) teniendo en cuenta el precio real de mercado”, pone en evidencia que la razón para tratar de

desvincularse del mismo no es, en realidad, el desabastecimiento de las materias primas, pues tal escasez no ha impedido hasta la fecha la obtención por parte del Ayuntamiento de Illas del combustible necesario para alimentar la calefacción de las dependencias municipales acudiendo a otros proveedores, según se recoge en los informes del Secretario-Interventor. No se cumpliría entonces el requisito conforme al cual para que un suceso pueda calificarse de fuerza mayor ha de impedir absolutamente el cumplimiento del compromiso asumido, al que viene aludiendo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de forma reiterada. En efecto, como ya indicamos en el Dictamen Núm. 303/2022, el Alto Tribunal ha señalado en la Sentencia de 18 de noviembre de 1980 -ECLI:ES:TS:1980:4999- (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) que para que un suceso encaje en la categoría de fuerza mayor debe ser “imprevisible o que previsto sea inevitable, insuperable e irresistible”, y además que “haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída”. En el mismo sentido, la Sentencia de 13 de julio de 1999 -ECLI:ES:TS:1999:5029-, de la misma Sala y Sección, se refiere al “carácter absoluto productor de un incumplimiento ‘legal’ de las obligaciones” propio de la fuerza mayor; pronunciamientos judiciales a los que también hace alusión el Informe 38/20 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que se menciona en la propuesta de resolución.

Por otra parte, en la medida en que el adjudicatario no ha demostrado que concurra una alteración extraordinaria de las circunstancias consideradas al tiempo de la licitación que, por ser radicalmente imprevisible, desproporcionada y profunda, sea determinante de un riesgo anormal que cercene el principio de equilibrio económico y deba ser corregido bajo un criterio de justicia distributiva, nos encontramos ante la mera frustración de las expectativas económicas calculadas al tiempo de la licitación por la mercantil interesada, que se incardinan en el riesgo y ventura del adjudicatario y que, por tanto, deben correr a su cargo sin que resulte de aplicación la doctrina del riesgo imprevisible que recoge el artículo 211.1, apartado g), de la LCSP. Al respecto, como hemos señalado en el Dictamen Núm. 101/2023, 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)”. Esto es, la aplicación de la doctrina que comentamos requiere no sólo una alteración de circunstancias de carácter imprevisible y extraordinario 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 implica, por tanto, una quiebra radical del equilibrio económico-financiero contractual por su extraordinaria y excesiva onerosidad.

En definitiva, puesto que no ha quedado desvirtuado el principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa según el cual “el contratista asume el riesgo derivado de las contingencias que puedan sobrevenir en la

prestación de los suministros, pues la obligación del contratista es una obligación de resultado, no de actividad” (Dictamen del Consejo de Estado 221/2021), pronunciándose en el mismo sentido la jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999 -ECLI:ES:TS:1999:2956-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), puede acordarse la resolución del contrato por incumplimiento culpable al amparo de la causa establecida en el artículo 211.1.f) de la LCSP, de conformidad con lo anteriormente expuesto.

En lo que a los efectos de la resolución contractual se refiere, hemos de destacar que el artículo 213.3 de la LCSP establece que “Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada”. En el caso de que el contrato se hubiera formalizado sin la constitución de garantía, como en el que nos ocupa, el responsable de la resolución deberá indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios que le ocasione la resolución anticipada del contrato, cuya determinación habrá de llevarse a cabo en expediente contradictorio, encontrándose facultado asimismo el Ayuntamiento para iniciar el procedimiento dirigido a declarar al contratista incurso en prohibición de contratar.

Finalmente, entendemos que la prejudicialidad invocada por el contratista no es óbice en este caso para acordar la resolución contractual que ambas partes pretenden, si bien por motivos distintos. Además, puesto que los efectos de la resolución que persigue la Administración no tendrán eficacia inmediata por tener que sustanciarse en otro procedimiento, consideramos que ningún inconveniente existe en que la resolución administrativa se anticipe al pronunciamiento judicial. Ahora bien, dado que la sentencia ha de acatarse en todo caso, y no existiendo constancia de que el proceso judicial esté aún pendiente de conclusión, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución del procedimiento que analizamos, dado que en caso contrario habría de estarse al pronunciamiento judicial que, de ser favorable a la resolución por mutuo acuerdo, impediría la resolución contractual por causa de

incumplimiento imputable al contratista. 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.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, atendida la observación esencial contenida en el presente dictamen, procede la resolución del contrato de suministro de *pellets* del Ayuntamiento de Illas por incumplimiento de la obligación principal.”

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 ILLAS.