CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. S. de Vega, Presidente

Sra. Ares González, Consejera
Sr. Herrera Campo, Consejero y ponente

Sr. Píriz Urueña, Secretario

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 4 de mayol de 2023, ha examinado *el* expediente de *resolución del contrato de suministro suscrito entre la Universidad de xxx1 y qqq1, S.L.,* y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN 151/2023

I
ANTECEDENTES DE HECHO

El día 10 de abril de 2023 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el expediente de resolución del contrato de suministro de gas natural canalizado en los edificios de la Universidad de xxx1, incluido el campus de xxx2, suscrito con la empresa qqq1, S.L.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el 13 de abril de 2023, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 151/2023, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por Resolución de 5 de febrero de 2014 de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Herrera Campo.

Primero.- El 20 de mayo de 2021 se formaliza entre la Universidad de xxx1 y la empresa qqq1, S.L. el contrato de suministro de gas natural canalizado en los edificios de la Universidad de xxx1, incluido el campus de xxx2, por un importe de 610.114,09 euros (IVA excluido), y un plazo de ejecución de un año, a contar desde el 1 de junio de 2021.

Segundo.- El 4 de octubre de 2021 la Universidad de xxx1 recibe un burofax de la contratista, en el que esta comunica que "con carácter inmediato, procede a suspender el suministro de gas a partir del 7 de octubre de 2021 por causa de fuerza mayor, por resultar insostenible mantener las condiciones económicas del contrato, por el absoluto desequilibrio económico sobrevenido en las prestaciones del mismo, causado por las circunstancias energéticas actuales, totalmente impredecibles, que le afectan directamente como comercializadora de energía".

Tercero.- Por Resolución del Rector de la Universidad, de 6 de abril de 2022, se inicia el procedimiento de resolución del citado contrato.

Cuarto.- El mismo 6 de abril se concede trámite de audiencia a la contratista y al avalista.

Quinto.- La contratista presenta escrito de alegaciones el 12 de abril de 2022 en el que reitera la existencia de causa de fuerza mayor, solicita la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible y considera que el incumplimiento contractual debe ser considerado como no culpable.

Sexto.- El 7 de junio de 2022 los Servicios Jurídicos de la Universidad informan favorablemente la resolución del contrato.

Séptimo.- El 9 de junio de 2022 se dicta Resolución del Rector de la Universidad, en la que se establece:

"Primero. Acordar la siguiente propuesta de resolución para su dictamen por el Consejo Consultivo:

»Resolver el contrato administrativo de adjudicación del suministro de gas natural canalizado en los edificios de la Universidad de xxx1, motivado por la renuncia por parte del contratista a la ejecución del contrato, en virtud de lo dispuesto en los artículos 211 y 313 de la 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, y en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas.

»Segundo. Elevar esta propuesta de resolución contractual por incumplimiento por parte del contratista al Consejo Consultivo de Castilla y León.

»Tercero. De conformidad con el artículo 22.1d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el plazo con que cuenta la Administración es de ocho meses desde el acuerdo de iniciación de resolución contractual para resolver y notificar el procedimiento (,) se suspende por la solicitud del informe preceptivo al Consejo Consultivo de Castilla y León por el tiempo que medie entre la solicitud de la petición y la recepción del informe por parte de la Universidad".

Octavo.- Por Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo, de 2 de agosto de 2022, se requiere a la Universidad para que se complete el expediente, en el sentido de incorporar a este una propuesta de resolución del contrato, que contenga los requerimientos y extremos solicitados, y cuente con posterior informe favorable de legalidad.

El 20 de diciembre de 2022 se presenta la documentación requerida.

Noveno.- Por Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo, de 17 de enero de 2023, se requiere de nuevo a la Universidad para que complete el expediente, en el sentido de incorporar a este la documentación que acredite la notificación al contratista del acuerdo expreso de suspensión del plazo para resolver, de 9 de junio de 2022 o, en caso de no haberse efectuado el citado trámite, comunicar esta circunstancia a este Consejo.

El 20 de enero de 2023 se remite a este Consejo correo electrónico de 9 de junio de 2022 enviado por el Servicio de Contratación y Patrimonio de la Universidad a la dirección electrónica licitaciones@qqq1.es.

Décimo.- A la vista de ello, este Consejo en el Dictamen 376/2022 concluye que "Procede que se declare la caducidad del procedimiento de resolución del contrato de suministro de gas natural canalizado en los edificios de la Universidad de xxx1, incluido el campus de xxx2, suscrito entre la Universidad de xxx1 y la empresa qqq1, S.L.".

Decimoprimero.- El 15 de febrero de 2023 se dicta Resolución del Rector de la Universidad, en la que se establece:

"1º.- Declarar la caducidad del procedimiento de resolución del contrato administrativo de "Suministro de gas natural canalizado en los edificios de la Universidad de xxx1, incluido el Campus de xxx2" (Expediente SUM003/2021) suscrito con la empresa qqq1, S.L. e iniciado mediante Resolución del Rector de la Universidad de xxx1 de fecha 6 de abril de 2022.

»2º.- Iniciar un nuevo expediente de resolución del mencionado contrato con incautación de la garantía depositada por incumplimiento culpable imputable al contratista motivado en su renuncia a la ejecución del contrato, en virtud de lo dispuesto en los artículos 110.d), 211.1.f) y 213.3 de la 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 y teniendo en cuenta lo establecido en cuanto al procedimiento para la resolución de los contratos en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

»3º.- Conservar los actos y trámites practicados en el procedimiento caducado e incorporar al nuevo expediente los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse producido la caducidad, todo ello de conformidad con los artículos 51 y 95.3 de la LPAC.

»4º.- Dar audiencia en el expediente al contratista, qqq1, S.L., así como a la entidad avalista del mismo, para poner en su conocimiento el inicio de expediente de resolución.

»5º.- Realizar el resto de trámites previstos en el art. 109 del R.D. 1098/2001, de 12 de octubre."

Decimosegundo.- El 22 de febrero de 2023 qqq1, S.L., presenta escrito de alegaciones en el que se remite a las ya presentadas anteriormente e incorpora como alegación adicional una resolución del concejal secretario de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de xxx3 en la que, en un caso similar al presente, se acuerda la resolución del contrato administrativo de dicho Ayuntamiento con qqq1, S.L., y se aplica el

principio *rebus sic stantibus*, que excluye el incumplimiento culpable del contratista.

Decimotercero.- El 28 de marzo de 2023 el Rector de la Universidad propone "resolver el contrato administrativo de suministro de gas natural canalizado en los edificios de la Universidad de xxx1, incluido el Campus de xxx2 con incautación de la garantía depositada por incumplimiento imputable al contratista motivado en su renuncia a la ejecución del contrato, en virtud de lo dispuesto en los artículos 211.1.f) y 213.3 de la LCSP".

Asimismo, acuerda suspender el transcurso del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar a la contratista y al avalista la propuesta de resolución y la suspensión del plazo para resolver.

Decimocuarto.- El 29 de marzo de 2023 los Servicios Jurídicos de la Universidad informan favorablemente la propuesta de resolución del contrato.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II
CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),3º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.e), del Acuerdo de 6 de marzo de 2014 del Pleno del Consejo Consultivo de Castilla y León, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento de resolución contractual se regula en el artículo 191 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) relativo al "Procedimiento de ejercicio", que establece como trámites preceptivos la audiencia al contratista y, cuando se formule oposición por parte de éste, el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 195.1 de la LCSP, para el supuesto específico de

"Resolución por demora y ampliación del plazo de ejecución de los contratos". Por su parte, el artículo 109.1.b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), impone la audiencia al avalista o asegurador cuando se propone la incautación de la garantía.

Estos trámites se cumplimentan en este supuesto. En particular, el procedimiento se inicia por Resolución de 15 de febrero de 2023 del Rector de la Universidad, y la oposición de la contratista a la resolución del contrato por incumplimiento culpable se formula en el escrito presentado el 22 de febrero de 2023. También se ha concedido audiencia al avalista el 17 de febrero de 2023, sin que conste la presentación de alegaciones.

La competencia para acordar la resolución del contrato y determinar sus efectos corresponde al órgano de contratación, de acuerdo con los artículos 190 y 212 de la LCSP y 109 del RGLCAP.

Finalmente, a la vista de las fechas del inicio del procedimiento y de la notificación de la propuesta de resolución y suspensión del plazo que resultan de los antecedentes de hecho de este informe, cabe concluir que se respeta el plazo máximo de duración del procedimiento de resolución del contrato y no se ha producido la caducidad del mismo.

3ª.- En cuanto al fondo del asunto, se trata de un procedimiento de resolución de un contrato de suministro, cuyo objeto es el abastecimiento de gas natural canalizado en los edificios de la Universidad de xxx1, incluido el campus de xxx2. Este procedimiento se ha iniciado de oficio por la Universidad, que lo fundamenta en el artículo 211.1.f) de la LCSP.

Dicho precepto considera causa de resolución "El incumplimiento de la obligación principal del contrato", que, en principio, cabe identificar con la prestación que constituya su objeto. Con esta previsión, que carece de antecedentes en normas anteriores, la LCSP resuelve, como manifestó el Consejo de Estado en su Dictamen nº 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, al anteproyecto de la ley, la dificultad interpretativa que planteaba el texto refundido de la Ley de Contratos del año 2011 en los casos en los que los pliegos declaraban esenciales varias de las obligaciones accesorias imputables al contratista, pero omitían, sin embargo, por su obviedad esa calificación en lo que atañía al objeto mismo del contrato (la realización de la obra, la entrega del suministro o la prestación del servicio).

Sobre esta causa resolutoria existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo -STS- de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutivo, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia.

Asimismo, tal y como mantiene la STS de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente "una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos".

4ª.- En el presente caso, el contrato establece un plazo de ejecución de un año, a contar desde el 1 de junio de 2021.

Tal y como se ha relatado en los antecedentes de hecho, la contratista mediante, escrito de 4 de octubre de 2021, comunica a la Universidad que "con carácter inmediato, procede a suspender el suministro de gas a partir del 7 de octubre de 2021 por causa de fuerza mayor, por resultar insostenible mantener las condiciones económicas del contrato, por el absoluto desequilibrio económico sobrevenido en las prestaciones del mismo, causado por las circunstancias energéticas actuales, totalmente impredecibles, que le afectan directamente como comercializadora de energía".

En apoyo de su pretensión, la contratista acompaña a su comunicación un extracto de varios titulares de prensa nacional e internacional encaminados a apuntalar su tesis de que la mayoría de los países del mundo, y los europeos en particular, se hallan sumidos en la mayor crisis energética vivida en la historia moderna, batiéndose récords históricos en la subida del precio del gas natural.

Afirma que el precio ofertado en su día por qqq1, S.L. en la licitación no tiene sentido alguno en la realidad económica actual del sector del gas en la que debe de desarrollarse el contrato, hasta el punto de que su aplicación le abocaría a unas pérdidas inasumibles que comprometerían la propia existencia y viabilidad de la empresa.

La contratista alega que, dado que la suspensión del suministro viene motivada por causa de fuerza mayor, no existe responsabilidad contractual alguna que pueda derivarse de la misma.

Esta suspensión unilateral de la ejecución del contrato por parte de la contratista motivó que la Universidad iniciara, tras la caducidad del procedimiento anterior, un nuevo procedimiento de resolución contractual por incumplimiento culpable del contratista, mediante Resolución del Rector de 15 de febrero de 2023.

Posteriormente, en el trámite de alegaciones la contratista insiste en los motivos que imposibilitan la continuidad de la relación contractual.

En primer lugar, señala que la causa de fuerza mayor inicialmente invocada debía entenderse concretada en el hecho de la cancelación del contrato de aprovisionamiento de gas a precio determinado que mantenía con su proveedor (qqq2, S.A.), cancelación que se produce como consecuencia de la situación de crisis energética y precios desorbitados del gas. Para acreditar este extremo presenta un correo electrónico de 30 de septiembre de 2021 en el que su proveedor le indica que no puede "insertar nominaciones en el SL-ATR", es decir, que finaliza el suministro de gas y que activa la cláusula de causa de fuerza mayor que aparece en el contrato de aprovisionamiento suscrito entre las partes.

La contratista alega que la situación de crisis y precios elevados le impide acudir a una alternativa viable de compra de gas en el mercado. En este sentido, manifiesta que "tendría que acudir al mercado SPOT (MIBGAS) para comprar gas a un precio superior a 90 euros/MWH para vendérselo a la Universidad de xxx1 a un precio totalmente desproporcionado ya que, los precios a los que vendía el gas natural a la Universidad de xxx1, de acuerdo con el contrato, rondaban un coste aproximado de 20 euros/MWh".

En apoyo de estos argumentos, la contratista adjunta un informe pericial de un ingeniero industrial colegiado de 27 de enero de 2022, en el que se ponen de manifiesto las causas sobrevenidas y excepcionales que han imposibilitado continuar con el suministro de gas.

La contratista considera que en este supuesto existe un incumplimiento no culpable y que no procede la aplicación del principio de riesgo y ventura.

Cita la doctrina del riesgo imprevisible, de los actos propios de la Administración, y defiende la improcedencia de penalización.

Finalmente, adjunta resoluciones de otras Administraciones en las que, en casos similares, no se considera culpable su incumplimiento y, siguiendo el principio *rebus sic stantibus*, se declara que no procede la incautación de la garantía definitiva, ni la reclamación de daños y perjuicio, ni la prohibición para contratar.

Expuestas las alegaciones de la contratista, entrando ya en el fondo del asunto, la Universidad, ante la inesperada suspensión unilateral del suministro por la contratista, plantea la resolución del contrato por incumplimiento de su obligación principal conforme a lo previsto en el apartado f) del artículo 211.1 de la LCSP, proponiendo la incautación de la garantía depositada por incumplimiento imputable al contratista.

El artículo 211.1.f) de la LCSP establece: "Son causas de resolución del contrato: (…)

»f) El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

»Serán, asimismo causas de resolución del contrato, el incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales siempre que estas últimas hubiesen sido calificadas como tales en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, cuando concurran los dos requisitos siguientes:

»1º Que las mismas respeten los límites que el apartado 1 del artículo 34 establece para la libertad de pactos.

»2º Que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles cláusulas de tipo general".

En este sentido, la cláusula 11.1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de este contrato de suministro indica, en relación con la ejecución del mismo, lo siguiente:

"– No podrá iniciarse la ejecución del contrato sin su previa formalización.

»– El contrato se ejecutará de conformidad con lo estipulado en él y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diera al contratista la Universidad.

»– El contratista está obligado a la total ejecución del contrato en los términos previstos en los artículos 192 y 197 LCSP.

»– Si durante el desarrollo del trabajo procediera la modificación del contrato con arreglo a lo dispuesto en el presente pliego, se actuará en la forma prevista en los arts. 190, 191 y 203 LCSP. Cada vez que se modifiquen las condiciones contractuales, el contratista queda obligado a la actualización del Programa de Trabajo.

»(…) La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, respondiendo éste de la calidad de los bienes y de los vicios ocultos que pudieran apreciarse durante el plazo de garantía".

Por otro lado, la cláusula 16.3 del propio PCAP regula las causas de resolución del contrato:

"1º) Son causas de resolución del contrato, además de las generales de la Ley, las siguientes:

»a) El desistimiento antes de la iniciación del suministro o la suspensión de la iniciación del suministro por causa imputable a la Universidad por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega salvo que en el pliego se señale otro menor.

»b) El desistimiento una vez iniciado la ejecución del suministro o la suspensión del suministro por un plazo superior a ocho meses acordada por la Universidad, salvo que en el pliego se señale otro menor.

»2º) Los efectos de esta resolución serán los previstos en los artículos 213 y 307 LCSP".

Finalmente, la cláusula quinta del contrato establece que "Serán causas de resolución del contrato las previstas en la cláusula 16 del PCAP que lo rige. El incumplimiento de los plazos de ejecución de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, su incumplimiento parcial o su

cumplimiento defectuoso, será penalizado de acuerdo con lo previsto en la cláusula 14 del PCAP".

Por lo que respecta a los efectos de la resolución, el artículo 213.3 y 5 de la LCSP dispone 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 todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, de devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida.

De acuerdo con los hechos relatados, la contratista suspendió unilateralmente el suministro de gas con fecha 7 de octubre de 2021, cuando, precisamente y conforme al PCAP, dicho abastecimiento constituye el objeto del contrato, de manera que la principal obligación de la contratista no era otra que el mantenimiento de aquella prestación durante el plazo de vigencia del vínculo contractual que finalizaba el 1 de junio de 2022.

La Administración expone que la renuncia de la contratista le ha ocasionado un grave perjuicio económico al tener que pagar por un suministro contratado a precio fijo un precio bastante superior. Afirma que los perjuicios económicos derivados del incremento del precio de la energía se han trasladado de la empresa a la Administración, siendo esta la gran perjudicada de esta situación.

En consecuencia, el abandono o la renuncia unilateral por parte de la contratista -como es el caso- del suministro contratado constituye un incumplimiento que justifica la resolución contractual en los términos adoptados por la Universidad y conforme a lo dispuesto en el artículo 211.1.f) de la LCSP.

La contratista muestra su conformidad con la resolución del contrato. Sin embargo, considera que se trata de un incumplimiento que, por lo expuesto en su escrito de alegaciones, debe ser calificado como no culpable.

Este Consejo, si bien admite las dudas que presenta este supuesto y es conocedor de los diferentes criterios seguidos por otras Administraciones, ya anticipa que considera que el incumplimiento de la contratista efectivamente debe ser calificado como culpable.

El artículo 197 de la LCSP establece que "La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239". Y en el mismo sentido se pronuncia la mencionada cláusula 11.1 del PCAP.

El principio de riesgo y ventura se constituye en una expresión del carácter inmutable del contrato, y representa un elemento de aleatoriedad de sus resultados económicos que, de acuerdo con la STS de 28 de octubre de 2015 (recurso de casación 2785/2014), significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado, ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

Por tanto, tal y como establece de forma reiterada la doctrina del Tribunal Supremo, entre otras en la STS de 20 de julio de 2016 (recurso de casación 229/2015), la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depare la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución.

Por otro lado, el artículo 103 de la LCSP regula la revisión de precios con importantes limitaciones. Así en sus dos primeros apartados dispone lo siguiente:

"1. Los precios de los contratos del sector público solo podrán ser objeto de revisión periódica y predeterminada en los términos establecidos en este Capítulo.

»Salvo en los contratos no sujetos a regulación armonizada a los que se refiere el apartado 2 del artículo 19, no cabrá la revisión periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

»Se entenderá por precio cualquier retribución o contraprestación económica del contrato, bien sean abonadas por la Administración o por los usuarios.

»2. Previa justificación en el expediente y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto al que se refieren los artículos 4 y 5 de la Ley

2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, la revisión periódica y predeterminada de precios solo se podrá llevar a cabo en los contratos de obra, en los contratos de suministros de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, en los contratos de suministro de energía y en aquellos otros contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años. Dicho período se calculará conforme a lo dispuesto en el Real Decreto anteriormente citado (…)".

De conformidad con lo dispuesto en este precepto, el apartado C.5 del cuadro de características del PCAP del presente contrato de suministro, de forma concluyente, admite la revisión de precios en los siguientes casos:

"Transcurridos al menos, un 20 % de su importe, así como un año de ejecución (art. 103 LCSP) del contrato, se podrá realizar una revisión en el precio de los contratos mediante la aplicación del Índice de Precios al Consumo (I.P.C.) Nacional Acumulado General de los doce meses anteriores, último publicado a la fecha de aplicación. La revisión no podrá superar el 85% de la variación experimentada por el índice adoptado.

»Si durante la duración del contrato (periodo inicial y prórroga, en su caso) se modificara la normativa que rige la tarifa de acceso a la red y otros impuestos regulados por normativa oficial, el contratista, desde su entrada en vigor, repercutirá en el precio del Kw/h, el aumento o disminución proporcional que se derive del aumento o disminución, respectivamente, de estos componentes reguladores del precio publicado en el B.O.E.

»Sin embargo, será por cuenta del adjudicatario y no podrá repercutirlo (el alza) las variaciones del precio del gas en el Mercado de Producción durante la vigencia del contrato.

»El Órgano de contratación de la Universidad de xxx1 deberá aprobar la aplicación efectiva de la revisión de precios del contrato".

Por tanto, resulta acreditado que, en este caso, el propio PCAP, de forma clara y notoria, imponía a la contratista asumir las variaciones del precio del gas en el Mercado de Producción acaecidas durante la vigencia del contrato.

Conviene recordar que el artículo 189 de la LCSP establece que "Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas".

La contratista aduce ahora que la situación excepcional existente en el mercado del gas y, en concreto, el incremento impredecible y sin precedentes de su precio implican necesariamente que el principio de riesgo y ventura haya de ceder ante el referido al principio de equilibrio financiero de la relación contractual, equiparando aquella situación anómala con los supuestos de fuerza mayor o, al menos, de riesgo imprevisible.

En relación con la existencia de fuerza mayor, el artículo 239 de la LCSP establece lo siguiente:

"1. En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

»2. Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

»a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.

»b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.

»c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público".

La determinación de la fuerza mayor ha de hacerse en cada caso concreto, al no poderse admitir una teoría unitaria sobre su alcance y contenido, atendiéndose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, bien a su importancia cuantitativa, bien a las circunstancias cualitativas del caso.

El Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones, entre otras en el Dictamen 986/2004, de 27 de mayo, que son causas de fuerza mayor

aquellas, legalmente tasadas, que constituyen acontecimientos realmente insólitos y extraordinarios por su magnitud. Se trata de hechos que están fuera del círculo de actuación del obligado; de hechos que exceden visiblemente los accidentes propios del curso normal de los acontecimientos y de la vida por la importancia de su manifestación; de hechos ajenos e independientes de quienes los alegan; de hechos, en fin, que, aun siendo previsibles, tienen el carácter de inevitables.

A mayor abundamiento, la ley ciñe esta excepción al contrato de obras, dada la remisión del artículo 197 al 239 de la LCSP, y, asimismo, a los contratos de concesión de obras en relación con la ejecución y la explotación de las obras (artículos 254.2 y 270.2 LCSP) y concesión de servicios (artículo 290.4 LCSP).

Tal y cómo dispone la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, entre otras en la STS de 13 de febrero de 2018 (recurso de casación 2832/2015), en los casos en que la obligación ha podido seguir cumpliéndose, bien que por un precio o en condiciones diferentes, la aplicación del concepto de fuerza mayor no es posible desde el punto de vista jurídico.

La crisis energética y el aumento de los precios del gas ni encuentra acomodo en los supuestos contemplados por la LCSP, ni implica, de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia expuesta, un cumplimiento imposible del contrato ni un riesgo imprevisible.

En este sentido, resulta preciso citar a título ilustrativo la STS de 28 de enero de 2015 (recurso de casación 449/2012) que determina, en relación con las concesiones de autopistas, si las crisis económicas se integran o no en el concepto de riesgo imprevisible y, por tanto, son causa de la ruptura del equilibrio económico del contrato, haciendo posible su modificación: "Es hecho notorio que las crisis económicas acontecidas en los siglos XX/XXI han sido cíclicas, así como que el desarrollo urbanístico no siempre progresa, sino que, en ocasiones, se paraliza. No constituye, pues, una realidad inesperada, aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción. Actualmente llevamos años en crisis económica, pero en época no muy lejana, década de los 1990 hubo otra crisis económica mundial que también afectó a España provocando reducción de la actividad económica y de consumo. Por ello los estudios de viabilidad de una autopista han de prever no solo un contexto, el alza, sino también las circunstancias económicas que pueden provocar la disminución del consumo".

Por otro lado, este Consejo, en el reciente Dictamen 57/2023, en relación con la resolución de un contrato de obras, señala que "Asimismo, el contratista alude a que la crisis provocada por la pandemia de la COVID-19 y por el conflicto bélico en Ucrania ha provocado un incremento de las materias primas necesarias para la ejecución del contrato, que se enmarcan en el riesgo imprevisible y no en el principio de riesgo y ventura del contrato. Frente a ello, recientemente el Consejo de Estado, en su Dictamen 769/2020, de 28 de enero de 2021, recuerda que `El principio de que los contratos han de realizarse a riesgo y ventura del contratista ha sido interpretado (entre otras muchas, por la Sentencia de 30 de abril de 1999 del Tribunal Supremo, en la misma línea de otra de 20 de enero de 1984, del mismo tribunal) en el sentido de que asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor, o incluso perder cuando sus cálculos están mal hechos o no responden a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato. Se deriva de todo ello que 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´".

Este Consejo entiende que en este supuesto no concurren los requisitos legalmente exigidos para considerar la existencia de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Por tanto, sin la concurrencia específica y concreta de la exigencia legal de la fuerza mayor, no cabe desvirtuar el funcionamiento del principio de riesgo y ventura que rige la contratación administrativa. La subida de precios que se invoca por la contratista puede considerarse un riesgo inherente al contrato, dada la conocida volatilidad del mercado energético.

A mayor abundamiento, refuerza este argumento el comportamiento seguido por la contratista ya que, en ningún momento buscó, ni siquiera intentó ni dio posibilidad de que se intentara, el mantenimiento de la prestación del suministro de gas. Tal y como resulta del expediente, fue precisamente la resolución de una relación contractual previa que mantenía con un tercero (ajeno a la Universidad) la que motivó el anuncio -e inmediata ejecución- de la suspensión del contrato y el abandono del suministro de gas. La Universidad se quedó sin margen de maniobra, y el contratista se limitó a manifestar como obstáculo fundamental para mantener el vínculo contractual el alto precio del gas y la mayor onerosidad de su prestación.

Por ello, esta renuncia unilateral y abrupta -máxime cuando restaban unos meses para finalizar la ejecución del contrato- supone un incumplimiento contractual que debe ser calificado como culpable.

Finalmente, rechazada la concurrencia de fuerza mayor, no tendría lugar la aplicación de la doctrina jurisprudencial del principio *rebus sic stantibus* alegada por la contratista.

En este sentido, el Dictamen 93/2019, de 28 de febrero, del Consejo de Estado, señala que "la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, como límite a la aplicación del principio de riesgo y ventura, no puede trasladarse sin más a otra construcción jurídica, la de la excesiva onerosidad, aplicable a las prestaciones caracterizadas por la conmutatividad contractual. El ordenamiento español nunca ha incorporado versiones de esta índole como otros cercanos que se orientan en esta línea. Pero aún en este planteamiento tampoco sería de aplicación ese límite (el de la excesiva onerosidad) cuando no se ha pretendido por el afectado, en el curso del periodo contractual de cumplimiento, medida alguna para hacer frente al mismo".

5ª.- El incumplimiento culpable del contratista provoca, como efecto de la resolución, la incautación de la garantía constituida, en los términos previstos en el artículo 110.d) de la LCSP, y la indemnización de los daños y perjuicios que hayan podido ocasionarse a la Administración contratante por la actuación del contratista, en lo que exceda de dicha garantía, de conformidad con el artículo 213.3 de la LCSP.

El mencionado artículo 213.3 de la LCSP ha de ponerse en relación con el 113 del RGLCAP, que dispone que "En los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración".

Para su fijación, si procede, deberá tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ya en Sentencia de 9 de diciembre de 1980 declaró que "(…) debiendo tenerse presente en esta materia de indemnización de daños y perjuicios la constante jurisprudencia que exige al que pretende hacer efectivo tal derecho que acredite la existencia real y efectiva de los daños, pues sólo podrán ser tomados en consideración aquellos

perjuicios efectivos sufridos que estén suficientemente demostrados por cálculos obtenidos de datos fundados en valores reales y no meramente hipotéticos de resultados posibles pero no seguros".

III
CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede resolver el contrato de suministro de gas natural canalizado en los edificios de la Universidad de xxx1, incluido el campus de xxx2, suscrito entre la Universidad y la empresa qqq1, S.L.

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