Dictamen N.º 112 / 2022

Sra. D.ª Vega ESTELLA IZQUIERDO
Presidenta, p.s.
Sr. D. Jesús COLÁS TENAS
Sr. D. Jesús Antonio GARCÍA HUICI
Sr. D. José Manuel MARRACO ESPINÓS
Sr. D. Gabriel MORALES ARRUGA
Sra. D.ª Elisa MOREU CARBONELL

La Comisión del Consejo Consultivo de Aragón, con asistencia de los miembros que al margen se expresan, en reunión celebrada el día 4 de mayo de 2022 emitió el siguiente Dictamen.

La Comisión del Consejo Consultivo de Aragón ha emitido dictamen sobre la propuesta remitida desde las Cortes de Aragón, a través de la letrada mayor, de resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expediente 5/2020), celebrado con la mercantil "X", S.L., al que se acompaña el expediente original completo encabezado por el correspondiente índice numerado.

De los ANTECEDENTES resulta:

Primero.- Por escrito de 31 de marzo de 2022 (con fecha de entrada en el Consejo Consultivo de Aragón el 4 de abril de 2022), la Letrada Mayor de las Cortes de Aragón remite a este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen acerca de la propuesta de resolución del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón», celebrado entre la Mesa de las Cortes de Aragón y "X", S.L.

A continuación, haremos una exposición cronológica de los hechos que resulten de interés para la emisión de este dictamen.

Segundo.- La Mesa de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 11 de febrero de 2020, aprobó el inicio del procedimiento de contratación del suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. núm. 5/2020).

Por acuerdo de 26 de febrero de 2020, la Mesa de las Cortes de Aragón acordó la modificación del inicio de procedimiento de contratación y aprobó el gasto y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas Particulares, abriéndose el procedimiento de contratación por tramitación ordinaria, sujeto a regulación armonizada, por procedimiento abierto y con un solo criterio de adjudicación.

Los precios incluidos en el procedimiento y pliegos de la licitación fueron indicados por una consultora (Switching Consulting) a la que las Cortes de Aragón solicitó informe con carácter previo, optándose por la modalidad de suministro en el mercado «liberalizado» a un precio fijo.

En el plazo de presentación de proposiciones se recibieron ofertas de AURA ENERGÍA, S.L., ENDESA ENERGÍA, S.A.U. y "X", S.L., Tras clasificar las proposiciones presentadas por las empresas y previos los trámites oportunos, resultó adjudicataria "X", S.L. con los siguientes precios: En el lote 1. Suministro de energía eléctrica en alta tensión, por un importe 321.388,45 €, IVA excluido (388.880,02 € IVA incluido). Y en el lote 2. Suministro de energía eléctrica en baja tensión por un importe 39.092,43 €, IVA excluido (47.301,84 € IVA incluido).

El documento de formalización que figura en el expediente remitido fue suscrito entre las partes el 18 de septiembre de 2020. El contrato entró en vigor el 1 de octubre de ese mismo año.

Tercero.- El 21 de septiembre de 2021, "X", S.L. presentó un escrito en el Registro de la institución en el que solicita

> «a la MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN, órgano de contratación del contrato de "suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón", la tramitación urgente de una modificación del citado contrato, al objeto de hacer frente al incremento del precio de la electricidad en el mercado mayorista del que se abastece "X" para la ejecución del mismo. En este sentido, se solicita la modificación al alza, en un 50%, de los precios unitarios de energía ofertados (€/kWh) para cada período tarifario, por ser éste el límite máximo recogido en el apartado 3º del art. 205.2.b de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público».

A la solicitud se acompaña un dictamen, que solicitó a la consultora «yksios DIGITAL GROWTH», en el que analiza su autor las que considera opciones alternativas de revisión de precios, modificación del contrato o eventual resolución del mismo. De entre todas ellas, la empresa ha optado por solicitar la modificación del contrato por causas imprevistas en el pliego y, más en concreto, en razón de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, entendiendo como tal «el incremento del precio de la electricidad en el mercado mayorista del que se abastece "X" para la ejecución del mismo».

Cuarto.- Tras recibir la petición anterior, el Servicio de Gobierno Interior y Contratación Administrativa solicitó tanto Informe técnico a Switching Consulting, que lo emitió el 22 de octubre de 2021 y figura en el expediente, como In-

forme de los Servicios Jurídicos, de cara a la resolución de aquella por la Mesa de las Cortes como órgano de contratación.

El 28 de octubre de 2021, la letrada de las Cortes de Aragón, emite informe en el siguiente sentido:

> «PRIMERO.- La correcta estimación del presupuesto base de la licitación del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón, la opción por estas de contratarlo en el mercado "liberalizado" (precio fijo) y la considerable baja realizada en el precio por la adjudicataria.
>
> Como es sabido, una de las premisas básicas de la preparación de un contrato por las Administraciones públicas es que el órgano de contratación correspondiente realice las actuaciones necesarias para obtener una correcta estimación del importe del mismo, tal y como establece el artículo 102.3 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 (en adelante, LCSP), al señalar que "3. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados".
>
> A tal efecto, y en relación con el cálculo del presupuesto base de licitación, el art. 100.2 de la misma disposición impone asimismo que los órganos de contratación cuiden que sea adecuado a los precios del mercado, debiendo desglosarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación.
>
> En el caso del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión que nos ocupa, para cumplir esos mandatos de la LCSP, las Cortes de Aragón solicitaron un informe a una empresa externa (Switching) para justificar los precios que se incluyeron en los pliegos que rigieron la licitación y con base en el cual, además, dado que el escenario de simulación planteado por Switching Consulting comprendió del 1 de abril de 2020 al 31 de marzo de 2022, se acordó que la duración del contrato fuesen dos años, improrrogables. Subrayo el dato de la imposibilidad de prorrogar el contrato, que fue una decisión consciente de la Administración parlamentaria para adecuar en todo momento esta licitación a los precios de mercado. Por su parte, la referencia al debido asesoramiento a las Cortes de

Aragón por dicha consultora externa se incluyó en la propuesta de Acuerdo de la Mesa de las Cortes por la que se modifica el inicio de este expediente de contratación, que consta en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Para la elaboración de los precios para la contratación de la energía eléctrica durante el período de simulación, Switching Consulting ya tuvo en cuenta el histórico de cotización, además de posibles desvíos por la diferencia entre la previsión de consumo considerada por un posible licitador y el consumo efectivo del punto de suministro y el escenario regulador vigente en ese momento.

Así las cosas y habiendo justificado de ese modo las Cortes de Aragón el cálculo tanto del valor estimado del contrato como del presupuesto base de licitación (este último de 508.457,52 euros en el lote 1 y de 57.024,62 euros en el lote 2), "X", S.L. ofertó una enorme rebaja, siendo sus precios de 388.880,02 euros en el lote 1 y de 47.301,84 euros en el lote 2, resultando por tanto adjudicataria. La posibilidad de una rebaja semejante no solo era jurídicamente viable dado que en ningún momento la oferta de "X", S.L. reunió los requisitos para ser considerada anormalmente baja, sino que constituía una legítima apuesta empresarial como tantas otras que se realizan a diario ante las Administraciones públicas para tratar de asegurarse la adjudicación del contrato por las más diversas razones, entre las que indudablemente figura el prestigio de poder publicitar ser el proveedor eléctrico en este caso de las Cortes de Aragón, como ha venido haciendo la adjudicataria en los últimos meses en los medios de comunicación de nuestra Comunidad.

De entre las posibilidades que tenían, por tanto, las Cortes de Aragón para la retribución al contratista se escogió un precio fijo cuyo cálculo describe, en este caso, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT). Bajo el apartado 8. Modalidad del contrato, el PPT establece:

"Las Cortes de Aragón optan por contratar el suministro de electricidad en el mercado liberalizado a través de un comercializador que deberá suscribir los contratos necesarios con la empresa distribuidora para realizar dicho suministro".

Por su parte, en el apartado 10. Facturación y Pago del PPT se dice:

"El término de potencia y los recargos por excesos de potencia y energía reactiva se calcularán cumpliendo las reglas establecidas en el artículo 9, apartado 1 del R.D. 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica o en la regulación posterior que la modifique o la sustituya. El precio de la potencia será en todo momento el que corresponda según la

regulación vigente aplicando los descuentos que el adjudicatario haya descrito en su propuesta económica. Estos descuentos (en % sobre el precio de potencia según legislación vigente) se mantendrán durante la totalidad de vigencia del contrato.

El término de energía se calculará como resultado de la aplicación del precio de la energía a los consumos de los puntos de suministro en el periodo facturado.

El precio de la energía será el que se establezca en el contrato según sean las condiciones resultantes de la adjudicación. Se facturará según lo establecido en el artículo 9.2, del R.D. 1164/2001 y posteriores modificaciones.

La suma de los productos de los precios unitarios de energía ofertados (€/kWh) para cada período tarifario multiplicados por el correspondiente consumo (kWh), registrado en un mes, constituirá el importe total de la energía suministrada y facturada durante ese período.

A este importe se le añadirá el término de potencia y los posibles recargos por excesos de potencia, así como penalizaciones por consumo de energía reactiva, según los precios establecidos por las tarifas vigentes en el período de consumo real y el alquiler del equipo de medida (todo ello según lo descrito en los párrafos de aplicación anteriores).

Se desglosará el importe correspondiente al Impuesto Especial sobre la Electricidad (en adelante el Impuesto Eléctrico o IEE), así como del Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante el IVA) en cada una de las facturas con expresión de su importe y tipo impositivo aplicado, de acuerdo con las normas reguladoras de estos impuestos. En caso de que durante el periodo de vigencia fuera posible la exención del IEE, ya fuera total o pardal, para los puntos de suministro de las Cortes de Aragón, el adjudicatario deberá realizar las gestiones oportunas para la obtención de dicha exención y repercutir a las Cortes de Aragón la reducción que pudiera proceder".

Contrariamente a lo que podríamos concluir literalmente de los términos "regulado" y "liberalizado", en el mercado de la electricidad estar en el primero es pagar un precio variable mientras que estar en el mercado "liberalizado" supone pagar un precio fijo. Es en el mercado "regulado" donde la tarifa cambia cada día y cada hora en función de lo que dicta el mercado mayorista de electricidad. Y la opción de las Cortes, reitero, fue contratar el suministro en el mercado "liberalizado", como consta en los pliegos.

Además de todo lo anterior, el pliego que regía el suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón excluía la revisión de precios (apartado M de la página 2 del PCAP).

No obstante lo anterior, bajo el apartado 11. Condiciones económicas de la oferta del PPT, se preveían posibles actualizaciones por variaciones en los conceptos regulatorios (es decir, de determinados impuestos y de los precios de acceso a la red) en los siguientes limitados términos:

"Con posterioridad a la presentación de la oferta, no se podrá repercutir la variación de cualquier tasa, tributo o gravamen distintos al IEE o al IVA, ya sean de carácter local, autonómico o nacional.

Cualquier nuevo concepto regulatorio que pudiera establecerse de aplicación al consumo en barras de central (antes de la incorporación de las pérdidas de red) o al consumo medido en contador o punto frontera (después de la incorporación de las pérdidas de red) podrá repercutirse a los precios fijos.

A su vez, la actualización de precios del acceso de terceros a la red, al alza o a la baja, deberá aplicarse al precio ofertado por el adjudicatario.

En cualquier caso, cualquier revisión de los precios fijos por los motivos expuestos deberá dar como resultado unos nuevos precios fijos por período tarifario comunes a todos los puntos de suministro que compartan tarifa de acceso.

No se admitirá ningún tipo de recargo sobre el precio de la energía por desvíos en el consumo anual estimado o en su distribución por periodo tarifario".

Como resumen de todo lo anterior, las Cortes de Aragón optaron en la licitación por la modalidad del suministro de electricidad en el mercado "liberalizado" a través de un comercializador que sabía iba a ser retribuido con un precio fijo. La elaboración de los precios para la contratación de la energía eléctrica fue realizada por una consultora de las Cortes de Aragón, Switching Consulting, que ya tuvo en cuenta el histórico de cotización, pese a lo cual la mercantil finalmente adjudicataria efectuó una considerable rebaja del precio aunque seguramente sin acudir para ello en su respaldo al mercado de futuros. Como subraya el informe de Switching Consulting fechado el 22 de octubre con motivo de la petición de modificación contractual de la adjudicataria:

"Una empresa comercializadora que oferta un precio fijo debe cubrirse esa posición, a través de los mecanismos que el mercado pone a disposición de los agentes: contratos bilaterales, MEFF, OMIP, coberturas con empresas comercializadoras, etc., hecho que, de haberse realizado, no afectaría al contrato suscrito entre Las Cortes de Aragón y "X" S.L.".

Como se describe in extenso y muy gráficamente en el Informe de esta consultora, para sostener una oferta como la que llevó a "X", S.L. a ser la adjudicataria del contrato de suministro de energía para las Cortes de Aragón, la mercantil debería haber acudido al mercado de futuros para asegurarse la adquisición de la energía a precio fijo durante los dos años de ejecución del contrato. Es una práctica habitual para controlar el riesgo de subidas de precio en los mercados energéticos. Pero lo que es indudable es que la modalidad contractual escogida por las Cortes de Aragón fue la contratar el suministro en el mercado "liberalizado" (así lo establecieron los pliegos), modalidad esta que no permite a la comercializadora repercutir en el usuario las alzas de precio que aquella tenga que soportar, sino que está sujeta a un precio fijo.

SEGUNDO.- La falta de previsión en el pliego del contrato que rige el suministro de energía eléctrica para las Cortes de Aragón de la alteración de los precios por las razones que aduce la adjudicataria de aquel.

Como sabemos, los contratos tienen eficacia vinculante y la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada (art. 1091 de Código Civil) como para la contratación administrativa (art. 203 LCSP). En esta última, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (art. 197 LCSP), concurre un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que aquel 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. En definitiva, que asume los riesgos a que está expuesto el desarrollo de un contrato y que repercuten en el beneficio económico que espera obtener.

No obstante lo anterior, en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido tradicional establecer unas excepciones, aunque tasadas, a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en permitir reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran " extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Dicho de otro modo, no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente

aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Así pues y sin perjuicio de los supuestos previstos en la LCSP respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución (ya hemos visto que en nuestro caso el PCAP no contempló la revisión de precios para el suministro que nos ocupa), los contratos administrativos solo pueden ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en la ley que a estos efectos distingue entre modificaciones previstas y no previstas en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Considerando ahora la primera opción, el art. 204 LCSP permite modificar los contratos hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiese contemplado expresamente esta posibilidad y siempre que la cláusula esté formulada de forma clara, precisa e inequívoca y detalle el alcance, límites y naturaleza de la modificación.

En nuestro caso, la única causa de modificación prevista expresamente en el PCAP del contrato de suministro de energía eléctrica para las Cortes de Aragón reza literalmente: "cambios producidos en el mercado regulatorio de la energía eléctrica y altas y bajas en la relación de puntos de suministros", estableciéndose, además, que el porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo podrán afectar es de un 5% (Anexo XVI del PCAP del contrato).

Descarta su aplicación al caso Switching Consulting, en su Informe de 22 de octubre, al aclarar desde un punto de vista técnico cómo debe interpretarse el inciso "cambios producidos en el mercado regulatorio" en nuestro suministro, señalando que

"Entendemos que no [se] aplica ya que no ha habido ningún cambio en el mercado regulatorio, simplemente un incremento del precio marginal, negociado en un mercado libre. A su vez, el Gobierno no ha realizado ningún tipo de intervención ni en el mercado spot ni en el mercado de futuros, que afecte a las reglas del mercado, solo se han basado en la fiscalidad".

Al tratarse de una modalidad contractual de suministro de energía en el mercado "liberalizado", el incremento de precios en el mercado mayorista es ajeno al precio fijo ofertado por "X", S.L., no pudiendo subsumirse tampoco en el concepto de cambios en el mercado regulatorio que, en nuestro caso, tendrían que ser cambios distintos de las variaciones del IEE

o del IVA o de los peajes de acceso que ya, por imperativo del PPT, serían repercutibles a las Cortes de Aragón como ha quedado demostrado en el fundamento anterior.

TERCERO.- La subida de precios en el mercado mayorista de energía eléctrica no afectan al precio fijo del contrato celebrado por las Cortes de Aragón por lo que resulta inaplicable también el precepto legal referido a las modificaciones contractuales por causas imprevistas. Desechada la posibilidad de que la subida de precios en el mercado mayorista alegada por la adjudicataria pueda subsumirse en los cambios en el mercado regulatorio que prevé expresamente el PCAP como causa para modificar el precio del contrato en hasta un 5% por tratarse el nuestro de un suministro pactado en la modalidad de mercado "liberalizado", procede examinar si el supuesto encajaría en las modificaciones contractuales por causas no previstas en el pliego (art. 205 LCSP).

En particular, invoca la adjudicataria la causa regulada en el art. 205.2.b) pretendiendo que se interprete que nos encontramos ante una circunstancia sobrevenida y que era imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato. El precepto en cuestión exige que se cumplan, además, las tres condiciones siguientes:

> "1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.
>
> 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.
>
> 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido".

Es de suponer que, para que pueda entrar en juego el art. 205.2 LCSP, dichas circunstancias imprevisibles han debido suceder después de la fecha de iniciación del contrato, sin haberse podido anticipar con anterioridad. En el caso que nos ocupa, llama la atención que el Informe en que la adjudicataria basa su pretensión diga a la vez que la subida de precios encaja en la cláusula de modificación prevista en el Anexo XVI del PCAP, pero que, como el 5% de incremento de precio a que daría lugar no satisface los intereses de "X", S.L., debe reconducirse a causa imprevista e imprevisible de las que dan lugar hasta un 50% de incremento del precio. Pero, al margen de la contradicción en que incurre la adjudicataria en su pretensión, discrepamos de que el incremento de precios en el mercado mayorista de la energía eléctrica del que dice resentirse la mercantil en cuestión deba

afectar a las Cortes de Aragón en tanto, en su opinión, causa imprevisible. Que un incremento semejante de precios en el mercado mayorista fuera previsible o imprevisible puede ser discutible. Sin ir más lejos, cuando Switching Consulting hizo el cálculo de los precios de la licitación, el mercado de futuros ya reflejaba una tendencia alcista, como recuerda explícitamente en su posterior Informe fechado el 22 de octubre tras ofrecer las tablas demostrativas del período de dos años del contrato. Afirma Switching Consulting:

"Si consideramos los plazos sacados a pliego por las Cortes de Aragón, vemos que el producto Oct20-Sep22 cotiza a 44,03 EUR/MWh, esto es, un 101,7% por encima de la cotización de OMIE ese mismo día. Lo cual por una parte hace pensar que el mercado de futuros sí era consciente de que el mercado iba a subir (lo cual no es un hecho desconocido por los agentes) y por otra, el margen parecía lo suficientemente amplio para no necesita cubrirse el precio fijo e intentar mayorar los beneficios".

Dicho de otro modo, la tendencia alcista ya se conocía, pero, sobre todo, cuando se ofrece un precio fijo para el suministro de energía a las Cortes de Aragón a dos años vista, hay que asegurar la posición de riesgo que se asume por realizar una "buena" oferta de un precio que hay que mantener en el tiempo durante dos años. Lo que quiere decir que, si la mercantil está sufriendo por el alza de los precios cuando el contrato con el cliente era a precio fijo, es por haber hecho una apuesta empresarial demasiado arriesgada o, cuando menos, no cubierta en el mercado de futuros al que pudo acudir porque este tenía y sigue teniendo suficiente liquidez (así lo afirma categóricamente Switching Consulting en las páginas 7 y 8 del Informe), y cuando ya dicho mercado apuntaba el repunte de los precios.

Reproducimos por ilustrativas las afirmaciones de Switching Consulting en su Informe de 22 de octubre:

"Se sigue haciendo alusión a mercado mayorista y al incremento de precios, aspecto ajeno al mecanismo que rige la construcción de un precio fijo, aspecto en el que "X" S.L. por antigüedad en el mercado tiene experiencia ya que no es la primera vez que oferta a precios fijos. (…) Por su parte, "X" S.L. es una compañía eléctrica fundada en el año 2005 ubicada en Zaragoza que suministra a sus usuarios electricidad 100% verde, por lo que se entiende que tras 16 años de funcionamiento e historial de ofertas a precio fijo, sabe cómo funciona el mecanismo de fijación de precios fijos.

(…) se indica que "X" S.L. se abastece de la electricidad en el mercado mayorista, lo cual es cierto, pero no indica que este incremento de precio es compensado mediando un contrato por diferencias con la contraparte

con la que se ha cubierto el precio ofertado a sus clientes con precio fijo, anulando por tanto el impacto del incremento de precios.

(…) El swap es un contrato financiero por el cual dos partes se comprometen a realizar pagos periódicos mutuamente (liquidación por diferencias) con cálculos y frecuencias definidas en el contrato.

(…). Este instrumento permite controlar el riesgo de precio en los mercados energéticos. En el caso de la electricidad, los swaps pueden utilizarse para reducir el riesgo en caso de subida del mercado (p.e. para un consumidor) o en caso de bajada (p.e. para un productor). En la parte final, hacen alusión a la "esperanza" de que el precio del mercado mayorista baje para que el contrato les sea rentable (…). Por lo que están reconociendo que, en ningún momento, aun ofertando un precio fijo, han tomado las medidas pertinentes para cubrirse el precio.

(…) Se hace referencia a que el contrato puede hacer inviable desde el punto económico y amenazar la viabilidad de la propia empresa comercializadora, lo cual nos indica que esta práctica de ofertar contratos a precio fijo sin realizar la cobertura correspondiente, no es una práctica aislada. Algo realmente sorprendente considerando el volumen de cartera que tiene "X" S.L. y la experiencia de más de 15 años.".

Por tanto, es ajeno a este contrato si semejante repunte de precios era previsible porque nos encontramos ante un suministro en la modalidad de precio fijo, como asumieron todas las licitadoras a la vista de los pliegos que rigieron la licitación en cuestión. Como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el principio de igualdad de trato, que constituye la base de las directivas relativas a la contratación pública, implica una obligación de transparencia que permita garantizar su cumplimiento y tiene el objetivo de favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación pública, exigiendo que todas ellas dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas y se sometan a las mismas condiciones. Por lo que respecta al principio de transparencia, que tiene por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la Administración adjudicadora, exige que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas

por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate. Lo anterior significa que las nuevas necesidades, o un cambio del sistema de retribución o una alteración importante del precio del contrato no podrán canalizarse más que a través de las modificaciones contractuales contempladas en los ya citados arts. 204 y 205 LCSP, pero con los requisitos y límites establecidos en ellos, para situar a los licitadores que concurrieron en igualdad de condiciones. Toda pretensión que supere dichos límites no puede instrumentarse, por ello, a través de la modificación del contrato.

Para concluir este informe y desde una perspectiva estrictamente formal, decir que, de acuerdo con los arts. 191 LCSP y 102 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, al haber partido en este caso la iniciativa de modificación del contrato de la propia mercantil adjudicataria, resultaría innecesario el trámite de audiencia, debiendo incorporarse a la propuesta de Acuerdo que la Jefa del Servicio responsable del contrato eleve a la Mesa de las Cortes de Aragón, en los términos que recoge el segundo de los preceptos citados, el presente Informe Jurídico, así como el redactado por Switching Consulting con fecha 22 de octubre, que ha servido de base técnica para las consideraciones jurídicas que se acompañan.

Con base en todo lo anterior,

INFORMO que, a juicio de la Letrada que suscribe, no procede la modificación del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón en los términos solicitados por la adjudicataria, "X", S.L., con base en los fundamentos jurídicos anteriores y en el Informe técnico elaborado por Switching Consulting».

Quinto.- La Mesa de las Cortes de Aragón vista la propuesta —de la Jefa del Servicio de Gobierno Interior y de Coordinación Administrativa de 9 de noviembre de 2021, fiscalizada favorablemente por la Interventora de las Cortes el 16 de noviembre de 2021—, sobre la solicitud de modificación del contrato del suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón, e incorporados a dicha propuesta el informe técnico emitido por la consultora Switching Consulting y el informe jurídico emitido por la Letrada de las Cortes de Aragón al respecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón de 6 de febrero de 2019, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Administración de las Cortes de Aragón, acordó el 17 de noviembre de 2021 lo siguiente:

«PRIMERO.- Acordar que no procede la modificación del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón en los términos solicitados por la contratista, "X", S.L.

SEGUNDO.- Dar traslado del presente acuerdo a la interesada, "X", S.L., así como a cuantas unidades administrativas de las Cortes de Aragón resulten afectadas.

TERCERO.- Contra el presente Acuerdo que pone fin a la vía administrativa podrá interponerse recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en el plazo de dos meses a computar desde el día siguiente al de su notificación, sin perjuicio la posibilidad de ser impugnado previamente en vía administrativa a través de la interposición del recurso de potestativo de reposición en el plazo de un mes desde el día siguiente la notificación del presente Acuerdo».

Sexto.- El 16 de diciembre de 2021 se presenta escrito por D. Luis Alberto París Cester, en nombre de "X" S.L. en el que manifiesta cuanto sigue:

«Primero.- Con fecha 21 de septiembre de 2021 se solicitó la modificación del contrato antecitado.

Segundo.- Con fecha 13 de diciembre se ha recibido notificación del Acuerdo de la Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 17 de noviembre de 2021, por el que se acordó no aceptar la solicitud de modificación del contrato. Entre los fundamentos de su decisión se alude al «informe técnico emitido por la consultora Switching Consulting», que nos ha sido facilitado por correo electrónico el día 14 de diciembre de 2021.

Tercero.- Con fecha 14 de diciembre de 2021 se ha realizado consulta a la web sobre transparencia económica de las Cortes de Aragón (https://www.cortesaragon.es/Contratos-menores.2617.0.html) y comprobado que la mercantil Switching Consulting S.L. (NIF B99527723) no figura entre la relación de adjudicatarios de contratos de las Cortes».

En base a las anteriores circunstancias, y con fundamento en el artículo 27 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, SOLICITA: Copia de la resolución o decisión del órgano competente que haya servido para formular encargo y/o justificar la intervención de la mercantil *Switching Consulting S.L.* elaborando el informe «técnico» de respuesta a nuestra solicitud de modificación del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón», con indicación del importe de adjudicación que ha supuesto la elaboración del mismo, así como copia del informe de fiscalización de la adjudicación o el gasto que haya supuesto.

Séptimo.- El 17 de diciembre de 2021, la Jefa del Servicio de Gobierno Interior y de Coordinación Administrativa, responde a la petición anterior en el siguiente sentido:

> «En relación con su escrito recibido en el registro de las Cortes de Aragón el día 16 de diciembre, con número de entrada 2021-E-RE-558, por el que, al amparo del artículo 27 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, solicitan copia de la resolución o decisión del órgano competente que haya servido para formular encargo y/o justificar la intervención de la mercantil Switching Consulting S.L. para resolver sobre la solicitud que "X" S.L. presentó el día 21 de septiembre de 2021 de modificación del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón», procede aclarar lo siguiente:
>
> PRIMERO.- El Acuerdo de la Mesa de las Cortes, de 17 de noviembre de 2021, de no aceptación de la solicitud de modificación del contrato no les fue notificado, como afirman, el día 13 de diciembre, sino que fue puesto a su disposición en la Sede electrónica de las Cortes de Aragón y Punto de Acceso General a las 13.07 horas del día 19 de noviembre. El acceso a dicha notificación no fue realizado por parte de ningún representante de "X" S.L. hasta el día 13 de diciembre a las 11.37 horas, tras conversación telefónica en la que fueron advertidos precisamente de que la notificación electrónica se encontraba practicada desde el día 19 de noviembre.
>
> SEGUNDO.- No es en absoluto la primera vez que tienen noticia de la relación contractual entre las Cortes de Aragón y Switching Consulting para el asesoramiento y supervisión del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de la institución. Antes al contrario, los precios incluidos en el inicio y pliegos de la licitación fueron los indicados por dicha consultora, como así se reflejó en la propuesta de Acuerdo de la Mesa de las Cortes por la que se modificó el inicio de este expediente de contratación y que consta en la Plataforma de Contratación del Sector Público. Una vez aclarados los anteriores extremos, se adjunta al presente escrito, presupuesto conformado por las Cortes de Aragón y factura correspondiente al mismo, relativos al contrato menor para el informe y asesoramiento técnico de la licitación y posterior seguimiento del contrato para el suministro de energía en alta y baja tensión para las Cortes de Aragón, Expte. 5/2020, del que esa empresa resultó adjudicataria».

Octavo.- Por escrito de 23 de diciembre de 2021, …, en nombre de "X" S.L. se expone y solicita cuanto sigue:

«I.- Antecedentes.

1. "X" S.L. resultó adjudicataria del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón». El suministro de energía eléctrica se contrató bajo la modalidad de «suministro de electricidad en el mercado liberalizado a través de un comercializador» (Cláusula 8 del Pliego de Prescripciones Técnicas). Como contraprestación del suministro, el adjudicatario percibe una cantidad (Cláusula 10 del Pliego de Prescripciones Técnicas) que resulta de, en primer lugar, la suma de los productos de los precios unitarios de energía ofertados (€/kWh) para cada período tarifario multiplicados por el correspondiente consumo (kWh), registrado en un mes (esta cantidad constituye el importe total de la energía suministrada y facturada durante ese período). En el contrato formalizado el 18 de septiembre de 2020 por las partes se recogen, conforme a la oferta realizada por el adjudicatario, los precios unitarios por kWh. La ejecución del contrato se inició el 1 de octubre de 2020, y se prolongará durante un plazo de 2 años no prorrogables, estando prevista su conclusión para el 30 de septiembre de 2022.

2. Tal y como manifestaba en su exposición de motivos el Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua, «Desde finales de 2020 y, más intensamente, marzo de 2021, el precio del mercado mayorista de la electricidad en España está marcando precios inusualmente altos…». Desde entonces, el precio de la electricidad en España ha continuado creciendo, hasta el punto de reconocerse en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad reconocía, que dicha circunstancia «están generando una creciente alarma social y son motivo de una evidente preocupación». En particular, porque «los efectos de elevados precios de los mercados sostenidos en el tiempo sobre el funcionamiento del mercado suponen un riesgo para la viabilidad de las comercializadoras de empresas no verticalmente integradas, por la dificultad que tienen para cubrirse en los mercados a plazo dada la reducida liquidez del mercado a plazo español frente a otros mercados europeos». 3. La ejecución del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» no está resultando ajena a la situación descrita. Las condiciones relativas al precio de la electricidad vigente en el momento de la licitación del contrato, e incluso el

precio de adjudicación, han sido sobrepasados ampliamente, superando en exceso el que podría considerarse el riesgo o álea normal al que se encuentran sometidos los contratos públicos. Ante tal situación, "X" S.L. solicitó la modificación del contrato referido el pasado 20 de septiembre, siendo resuelta dicha solicitud, en sentido negativo, por Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón de 17 de noviembre de 2021 con base en a) un informe de la empresa Switching Consulting S.L. y b) el informe de la Letrada de las Cortes, que se apoya igualmente en el informe de la citada empresa. Sobre el citado informe de Switching Consulting S.L. se quiere poner de manifiesto que se desconoce su fecha de realización así como su autoría (pues aparece firmado únicamente por «Dpto Operaciones», por lo que ha resultado infructuoso determinar el nivel de conocimientos técnicos y jurídicos que atesora el autor o autores -que se aventuran bastante limitados-, por lo que ha sorprendido que la decisión de la Mesa de las Cortes se haya construido sobre la base de un informe «anónimo».

El citado informe descarta la viabilidad de la modificación del contrato, entre otras, por considerar que los cambios producidos en el mercado regulatorio de la energía eléctrica «no aplican» a la causa de modificación expresamente prevista en el Anexo XVI del pliegos de cláusulas administrativas particulares. Tan locuaz argumento jurídico se torna en esquizofrenia al asumir en el párrafo siguiente que el precio del mercado sí se ha visto incrementado (¿?). Desconoce el anónimo informante -o esconde interesadamente, lo cual sería todavía peor- los cambios operados en la estructura tarifaria de la electricidad y en la metodología para el cálculos de los peajes de transporte y distribución producidos en junio de 2021 -de manera sobrevenida durante la ejecución del contrato- como consecuencia de las medidas establecidas en la Circular 3/2020, de 15 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que a su juicio no serían pues «cambios regulatorios». Ello tiene como consecuencia que el criterio sometido a las Cortes de Aragón aparece viciado de raíz y le induce ineteresadamente a tomar una decisión equivocada. Por otra parte, sobre la concurrencia de la causa de modificación del contrato a que se refiere el art. 205.2.b LCSP, también alegada en nuestro escrito, ni siquiera se pronuncia, lo cual no revela sino una flagrante insuficiencia de criterio jurídico que hace dudar de su capacidad para informar el escrito de solicitud de modificación.

Tal y como ya se anticipaba en nuestro escrito de 20 de septiembre de 2020, la situación del mercado eléctrico, lejos de corregirse, no ha hecho sino empeorar, haciendo -todavía más- inviable la ejecución del contrato,

motivo por el cual nos vemos lamentablemente obligados a solicitar formalmente su resolución, como proponía alternativamente el dictamen jurídico en su día facilitado.

II.- Precedentes.

4. La solicitud de resolución del contrato solución a la que nos aboca la situación del mercado de la energía no es nueva, ni aislada. En esencia es exactamente la misma que ha justificado la resolución por mutuo acuerdo del contrato formalizado con la empresa Remica comercializadora SL para el acuerdo marco de homologación, del suministro de gas natural con destino a la administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus organismos autónomos y a los restantes entes adheridos del sector público autonómico y local, (EXPTE.: HAP SCC 16/2019), acordada por Orden del Consejero de Hacienda y Administración pública de 29 de octubre de 2021 -asimismo Diputado de las Cortes de Aragón- y publicada en el perfil de contratante del Gobierno de Aragón en la Plataforma de contratación del Sector Público. La decisión adoptada en ese caso atiende al hecho de que «no existe causa de resolución imputable al contratista y que concurren razones de interés público que recomiendan cesar la actual relación contractual para garantizar el suministro de gas».

III.- La evolución del precio de la energía eléctrica desde el momento en que fue licitado el contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón».

La siguiente gráfica muestra la evolución del precio de la energía durante el último año (…).

En el informe jurídico que acompañamos en nuestra solicitud de modificación del contrato se justificaba la enorme desproporción existente entre los precios que ha ido teniendo la energía eléctrica desde el momento de publicación del anuncio de licitación del contrato el 2 de marzo de 2020. Desde esa fecha, el precio medio del kiloWatio hora ha experimentado una variación de más de un 1700% (…).

Tal y como se reconocía en la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua, «… Esta situación -de incremento de precios-no parece ser puntual, sino que amenaza con convertirse en estructural si se atiende al comportamiento de los mercados a plazo (futuros), ya que la cotización de los futuros de electricidad para la segunda parte de 2021 asciende a 83,32 €/MWh», aun-

que a 23 de diciembre de 2021 el precio de venta (a futuro) para la semana 52 de 2021 se sitúa ya en 383,67 €/MWh, y en 408 € para el mes de enero de 2022.

En el informe anónimo -pero con la imagen corporativa- de Switching Consulting utilizado para dar respuesta a nuestra solicitud de modificación del contrato se atribuía a una «mala praxis» de "X" S.L. el no haber sabido interpretar el mercado de futuros, que según se indica en el informe «era consciente de que el -el precio- iba a subir». Deduce tal «previsión», cuando el precio de cotización del MW/hora a 2 de marzo de 2020 para el Q1 de 2022 era de 39,76 €, cuando la realidad es que para ese período hoy cotiza a 405 € (esto es, más de un 1.000 % mayor). Reprocha el autor o autores (desconocidos) del informe una falta de entendimiento del mercado, que produce hilaridad ya que, por la misma razón cabría reprocharle a ellos la misma falta de entendimiento del mercado en el momento de proponer un precio para la licitación del contrato de suministro: tampoco supieron interpretar que el mercado de futuros apuntaba que el precio de la energía iba a subir más de un 1000% («lo cual no es un hecho desconocido por los agentes», según se dice literalmente en el «informe», p. 5). La consecuencia no sería otra que una incorrecta estimación del precio de licitación del contrato.

La crítica anterior obedece a que resulta muy descarado acusar a "X" S.L. de ignorancia sobre el funcionamiento del mercado de futuros de energía alegando que cuando el mercado de futuros de la energía cotizaba a 39,76 €/MWh en marzo de 2020 ya se podía deducir que iba a subir en el Q1 de 2022 hasta los 405€ (¡Un 1000% más!). El papel lo aguanta todo. Es simplemente vergonzoso.

IV.- Fundamento jurídico de la resolución del contrato.

A).- La resolución de mutuo acuerdo.

5. El artículo 211.1 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público (en adelante LCSP) considera como causa de resolución de los contratos el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista. Es cierto que la resolución por mutuo acuerdo se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como una causa de resolución que no legitima el libre pacto entre las partes en cualquier circunstancia, sino que precisa de la concurrencia de determinados requisitos. En particular, aquellos a los que recoge el art. 212.4 LCSP:

- Que no concurra otra causa de resolución imputable al contratista.
- Siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

6. Por lo que se refiere a la primera de las circunstancias, que la resolución del contrato no resulte imputable al contratista, está fuera de toda duda que los precios de la energía eléctrica (todos, los del mercado mayorista como del minorista) han experimentado un alza inusual que arranca en el segundo trimestre de 2020. En ese incremento nada ha tenido que ver la actuación del contratista, pues el incremento del precio de la energía eléctrica obedece al aumento del precio del gas que se utiliza para la producción de energía eléctrica en las centrales de ciclo combinado que complementan a otras fuentes de generación de electricidad, junto al incremento del precio de los derechos de emisión de CO2, tal y como se ha reconocido expresamente por el Gobierno de España tanto en el Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, como en el Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre.

Este incremento de los precios de la energía es un hecho objetivo y es aquel cuya concurrencia debe examinarse para determinar si procede o no la resolución del contrato. No ha lugar por tanto a teorizar sobre lo que debería haber hecho el contratista para hacer frente al mismo, ni mucho menos a desprestigiarle, acusándole de «mala praxis», que es a lo que, en esencia, se limitaba el informe de Switching Consulting S.L. emitido para dar respuesta a nuestra solicitud de modificación del contrato con el ánimo de continuar prestando el servicio, aun a pérdidas. Esa circunstancia, lo único que refleja es una falta de rigor y profesionalidad, por lo que sorprende que las Cortes de Aragón haya depositado su confianza para asesorarse en dicha empresa.

Lo que exige la condición legal establecida en el art. 214.2 LCSP es que la causa de resolución (esto es, el incremento desmesurado de los precios) no sea imputable al contratista. Y esto es innegable que no lo es. Vistas las causas a las que se atribuye el incremento de los precios de la energía eléctrica está claro que "X" S.L. nada ha tenido que ver con ellas. Cosa distinta es escudarse en la que en el informe de Switching Consulting S.L. se califica como «mala praxis» por «no cubrirse» frente a incrementos del precio, ignorando completamente cómo funciona la liquidez de los mercados de futuros del sector eléctrico español. En este sentido, se adjunta informe de D. Jaime Jaquotot, de JQAdvisors en el que, entre otras, se alcanzan las siguientes conclusiones:

- No es posible cubrir completamente el contrato, ni en perfil de consumo ni en horizonte temporal, pues no hay liquidez suficiente en el mercado español en lo referente a perfil, producto y horizonte necesario para cubrir las Cortes de Aragón.

- Aunque "X" pudiera tener formalizadas algunas coberturas necesarias en banda base en algunos horizontes que había liquidez suficiente en el momento de la firma y durante la vigencia del Contrato, éstas no cubren el 100% del suministro, quedando una parte expuesta obligatoriamente al mercado, por imposibilidad de cobertura 100% coincidente con el perfil y el horizonte temporal.
- El cambio regulatorio de reestructuración de períodos y modificación de pérdidas horarias de red añade aún más incertidumbre e imposibilidad de poder cubrir el perfil de consumo de forma 100% eficaz, pues éste se debe cubrir anticipando el perfil de consumo de las Cortes de Aragón, elevado a pérdidas de red, que han sido modificadas a mitad de contrato, por lo que el perfil de consumo a cubrir también varía a mitad de contrato.

Hasta el momento, y durante lo que se lleva de ejecución del contrato, las prestaciones han sido satisfechas conforme a lo establecido en los pliegos, por lo que no puede imputarse ninguna causa al contratista que revele dolo o imprudencia en la solicitud de resolución del contrato. Es más, se presenta con la suficiente antelación para poder llevar a cabo las actuaciones necesarias con el fin de organizar la continuidad en el suministro. Ahora bien, en caso de no poner fin a la relación contractual, la imposibilidad de hacer frente a los costes de compra de energía eléctrica para su reventa a la Cortes de Aragón, puede decirse que pone en grave riesgo dicho suministro, no estando actualmente "X" en condiciones de asegurarlo.

7. En relación a la segunda de las circunstancias que menciona el art. 212.4 LCSP, la relativa a la existencia de razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato para proceder a la resolución del contrato de mutuo acuerdo, la duda la plantea si la innecesaridad e inconveniencia de la permanencia del contrato se refiere al servicio mismo, o únicamente al contrato vigente. A juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (manifestada en su Informe 8/2013, de 10 de abril), la inconveniencia a la que se refiere ahora el art. 212.4 LCSP lo es «del contrato», sin que ello implique la innecesaridad del servicio en cuestión. Lo cierto es que el suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón es un servicio esencial que precisa adaptar su prestación al nuevo escenario económico derivado del incremento inusual pero continuado de los precios del mercado mayorista de la electricidad. En este sentido, subsistirá la necesidad de prestación del servicio, pero en otros términos, lo cual hace innecesaria e inconveniente la permanencia

del vigente contrato. En base a tal criterio, parece posible la resolución del contrato por mutuo acuerdo de las partes, porque concurre la inconveniencia de tal contrato por razones de interés público.

Por otro lado, tal y como se ha puesto de manifiesto en un supuesto idéntico, resuelto en la Orden del Consejero de Hacienda y Administración pública de 29 de octubre de 2021 -asimismo Diputado de las Cortes de Aragón-, por la que se resuelve por mutuo acuerdo el contrato formalizado con la empresa Remica comercializadora SL para el acuerdo marco de homologación, del suministro de gas natural con destino a la administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus organismos autónomos y a los restantes entes adheridos del sector público autonómico y local, (EXPTE.: HAP SCC 16/2019) «existe como interés público indirecto, garantizar la sostenibilidad de todas las empresas que trabajan para la Administración toda vez que repercute en los trabajadores de la misma, y en aquellos sectores indirectos que se pueden ver afectados», razón apreciada debido a los informes favorables emitidos tanto por la Dirección General de los Servicios Jurídicos como por la Intervención General del Gobierno de Aragón. La misma razón cabe apreciar en el caso que aquí nos ocupa. Las pérdidas en que incurre "X" S.L. por la ejecución del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» ponen en riesgo su viabilidad y amenazan la continuidad de parte de los 14 empleos directos que genera en su actividad.

En definitiva, el mantenimiento del contrato en las condiciones actuales supone poner en riesgo la continuidad en el suministro de energía eléctrica a las Cortes de Aragón, y además favorece el desequilibrio empresarial con riesgo para los derechos de los trabajadores.

B).- La situación de insolvencia a la que se aboca al contratista la ejecución del contrato.

8. La oferta presentada en su momento por "X" S.L. estaba basada en la situación de mercado en aquel momento, y su evolución previsible en el momento de la confección de la oferta. Resulta cierto que, conforme al art. 197 LCSP, «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista». Pero principio no es ilimitado. Antes al contrario, la obligatoriedad de las prestaciones debidas cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso para una de ellas, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula "rebus sic stantibus"). Esta modulación del principio de riesgo y ventura opera mediante la distinción entre lo que es el alea normal del contrato –en cuyo ámbito opera el principio de riesgo y ventura–, y lo que

son circunstancias que escapan a ese alea ordinario, por ser imposible su previsión normal o razonable, en las que opera el deber administrativo de establecer la ecuación financiera perturbada por dichas circunstancias (STS de 22 de mayo de 2019).

Según apunta el Tribunal Supremo, la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación (STS de 6 de octubre de 2015, RJ 2015\4742). Implica, por tanto –conforme a los artículos 3.2 y 7.1 del Código Civil– aplicar los principios de equidad y de buena fe por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico-financiero entre las partes, pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública, de modo que «habrá de atenderse al caso concreto ponderando las circunstancias concurrentes» (STS de 8 de octubre de 2014, RJ 2014\4995).

Para analizar si el incremento de los precios de la electricidad que padecemos responde a las notas características de este riesgo imprevisible, el dato decisivo es volver a referirnos a la situación que, en palabras del propio Gobierno de España, justificó su actuación en el mes de junio de 2021 ante una situación de extraordinaria y urgente necesidad que, lejos de mejorar, ha empeorado todavía más, pues desde entonces el precio de la energía eléctrica ha seguido batiendo récords. Recordemos que el propio Real Decreto-ley 12/2021, de 24 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la fiscalidad energética y en materia de generación de energía, y sobre gestión del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua, en su Exposición de motivos, reconoce que «… Desde finales de 2020 y, más intensamente, marzo de 2021, el precio del mercado mayorista de la electricidad en España está marcando precios inusualmente altos…» y que tal circunstancia no obedece a situaciones excepcionales de carácter meteorológico sino al hecho de que, para cubrir la demanda de energía es necesario recurrir a «… la oferta de los productores que usan tecnologías con costes más elevados, como los ciclos combinados de gas,…» siendo que los costes variables de las energías más caras han crecido coyunturalmente de forma notable debido al encarecimiento del gas natural y de la cotización de los derechos de emisión de CO2 en los mercados internacionales». La «evolución brusca y sin precedentes del gas natural» (expresión utilizada posteriormente por el Real Decreto-Ley 17/2021) parece ser lo que lastra el precio de la energía eléctrica.

En atención a las circunstancias expuestas, a nuestro juicio, el incremento que ha experimentado el precio de la electricidad desde el momento de la licitación del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón puede considerarse un riesgo imprevisible para las partes del mismo. Obligar a que sea el contratista a soportar las consecuencias de ese riesgo, que excede del normal álea a que se refiere el art. 197 LCSP puede determinar no sólo un «empobrecimiento injusto» del contratista, sino conducirle a una situación de insolvencia que tenga consecuencias no sólo en el marco de la ejecución del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón», sino afectar a toda su actividad empresarial por no poder afrontar un incremento de precios de un 1.500% como es el caso y abocarlo a una situación de insolvencia.

En este caso la actuación de "X" S.L. no ha contribuido de modo alguno su estado provisional de insolvencia económica, vistas las causas del incremento del precio de la energía que ya han sido expuestas. Al contrario, debería valorarse la buena fe en su actuación, intentando la modificación del contrato para continuar su ejecución y efectuando de forma diligente el suministro hasta la fecha.

9. El artículo 211.b) LCSP considera como causa de resolución de un contrato la declaración de concurso. Cualquier fase intermedia o previa, no es, en sí misma, una causa de resolución automática del contrato puesto que no implica necesariamente una situación de insolvencia definitiva del deudor. Sin embargo, estaríamos ante una situación que permite a las Cortes de Aragón valorar la continuación del contrato o no en función de las garantías que presente la empresa a efectos de poder continuar con la ejecución de las prestaciones.

En este sentido se muestra a continuación el resultado de explotación que supone para "X" S.L. la ejecución del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón», a título indicativo desde que se solicitó la modificación del contrato el pasado 20 de septiembre de 2021 (…).

Tal y como puede observarse, sólo desde el 20 de septiembre de 2021, momento en que se solicitó la modificación del contrato, la ejecución del mismo ha supuesto para "X" S.L. unas pérdidas acumuladas de 70.663.77 euros. Estas cifras provocan a "X" S.L. un importante desequilibrio patrimonial que lastra su solvencia económica como empresa comercializadora, hasta el punto de no poder asegurar la continuidad del suministro de energía a las Cortes de Aragón.

IV.- Continuidad del suministro de energía.

10. Al margen de la situación anterior, y vista la imposibilidad de "X" S.L. de continuar suministrando energía a las Cortes de Aragón en las condiciones establecidas en el momento de licitarse el contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión», debemos comunicar que se inician los trámites para que, a más tardar el 20 de enero de 2022 una de las comercializadoras de referencia de las autorizadas para operar en España se haga cargo del suministro de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón.

En virtud de cuanto antecede,

SOLICITA a la Mesa de las Cortes de Aragón,

Acuerde, con efectos del 20 de septiembre de 2020, la resolución de mutuo acuerdo del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» (Expediente 5/20), procediendo a liquidar el contrato, desde el día siguiente, a precios de coste real de compra de energía eléctrica según OMIE.

Y en consecuencia, con efectos de la fecha del presente escrito, la resolución de mutuo acuerdo del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» (Expediente 5/20), procediendo a liquidar el contrato, desde el día siguiente, a precio de coste real de compra de energía eléctrica según OMIE.

En la confianza de que nuestra solicitud será aceptada y tramitada con la mayor celeridad posible, quedamos a su disposición para aclarar cualquier extremo que no resulte claro de nuestra propuesta».

Noveno.- A la vista de la solicitud anterior, y previa propuesta de la la Jefa del Servicio de Gobierno Interior y de Coordinación Administrativa de 18 de enero de 2022, la Mesa de las Cortes el 19 de enero de 2022 adoptó el siguiente acuerdo:

«PRIMERO.- Iniciar el procedimiento para la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020), adjudicado con fecha 26 de agosto de 2020 a la empresa "X", S.L., y formalizado con fecha 18 de septiembre, con efectos de 1 de octubre de 2020, por una duración de dos años sin posibilidad de prórroga.

SEGUNDO.- Notificar el presente acuerdo de inicio del procedimiento para la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020) a la empresa contratista "X", S.L.»

Décimo.- El 20 de enero, …, en nombre de "X" S.L. comunica cuanto sigue:

«A la MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN (órgano de contratación) Servicio de Gobierno Interior y de Coordinación Administrativa.

Estimados Señores,

Tal y como les anunciamos en la comunicación del pasado 23 de Diciembre de 2021, procedemos al traspaso a la Comercializadora de Referencia (COR) los suministros asociados al contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» (Expediente 5/20). Nuestra voluntad siempre ha sido llegar a un acuerdo para seguir suministrando energía y que no resulte tan oneroso para "X" dada la coyuntura actual del precio de la energía que, como bien saben, está en máximos históricos y en niveles que nunca ningún analista hubiera pronosticado.

El traspaso a la COR se ejecuta 14 días después de su comunicación. Estamos en disposición de suministrar energía a coste hasta la finalización del contrato, lo cual les supondrá un ahorro respecto al precio de la COR.

Esperamos sus noticias para encontrar la mejor solución para todos, voluntad que hemos demostrado desde nuestro primer comunicado el pasado 18 de septiembre de 2020».

La Jefa del Servicio de Gobierno Interior y de Coordinación Administrativa mediante escrito de 25 de enero de 2022, comunica a "X" S.L. que mientras no se resuelva el procedimiento de resolución el contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón sigue en vigor, y debe ejecutarse en sus propios términos.

El 28 de enero, …, en nombre de "X" S.L. comunica cuanto sigue:

«Por la presente les comunicamos que, por el momento, no vamos a trasladar los suministros contratados a la comercializadora de referencia (COR). Aunque a nuestro entender esa decisión no supone un incumplimiento de contrato, hemos decidido mantener la situación actual con el propósito de no interferir en el proceso de resolución iniciado. Confiamos que dicho proceso será breve, pues la extraordinaria situación actual de precios provoca, injustamente, un gran quebranto diario a "X"».

Decimoprimero.- La Jefa del Servicio de Gobierno Interior y de Coordinación Administrativa mediante nota interior de 25 de enero de 2022 solicita informe a los Servicios Jurídicos de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo establecido en el artículo 109 Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

La letrada de las Cortes de Aragón, emite su informe el 21 de febrero de 2022 en el siguiente sentido:

«ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Mesa de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 26 de agosto de 2020, adjudicó a la empresa "X", S.L. tanto el lote 1: Suministro de energía eléctrica en alta tensión, como el lote 2: Suministro de energía eléctrica en baja tensión, del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (expte. Núm. 5/2020). Dicho contrato se formalizó con fecha 18 de septiembre, con efectos de 1 de octubre de 2020 y por una duración de dos años sin posibilidad de prórroga.

SEGUNDO.- Con fecha 21 de septiembre de 2021, la adjudicataria del referido contrato presentó un escrito en el Registro de las Cortes de Aragón, solicitando al órgano de contratación "la tramitación urgente de una modificación del contrato, al objeto de hacer frente al incremento del precio de la electricidad en el mercado mayorista del que se abastece la citada empresa para la ejecución del mismo". En particular, solicitaba "la modificación al alza, en un 50%, de los precios unitarios de energía ofertados (€/kWh) para cada período tarifario, por ser éste el límite máximo recogido en el apartado 3º del art. 205.2.b de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público". En dicho escrito, el representante de la mercantil señalaba también que: "la modificación del contrato se solicita en la confianza de que, en tal caso, "X", S.L. podrá continuar la ejecución del contrato. No obstante, si la situación no se corrigiese en los próximos meses, nos veríamos lamentablemente obligados a solicitar la resolución del contrato, como propone alternativamente el dictamen jurídico" que acompañaban.

TERCERO.- La Mesa de las Cortes de Aragón, con fecha 17 de noviembre de 2021, acordó que no procedía la modificación del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón en los términos solicitados por la contratista, "X", S.L. con base tanto en el informe técnico que le había sido solicitado a una empresa externa, Switching Consulting, S.L., como en el correspondiente Informe jurídico, y previa fiscalización de conformidad por la Interventora de las Cortes. En particular, el órgano de contratación valoró que, al tratarse de una modalidad contractual de suministro de energía en el mercado "liberalizado", el incremento de precios en el mercado mayorista es ajeno al precio fijo ofertado por "X", S.L., no pudiendo subsumirse tampoco en el concepto de "cambios producidos en el mercado regulatorio" a que se

refiere el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y que, en nuestro caso, tendrían que ser cambios distintos de las variaciones del IEE o del IVA o de los peajes de acceso que ya, por imperativo del PPT, serían repercutibles a las Cortes de Aragón. Asimismo, se tuvo en cuenta que la subida de precios en el mercado mayorista de energía eléctrica no afecta al precio fijo del contrato celebrado por la institución con lo que resultaba inaplicable también el precepto legal referido a las modificaciones contractuales por causas imprevistas.

CUARTO.- El Acuerdo de la Mesa de las Cortes, de 17 de noviembre de 2021, de no aceptación de la solicitud de modificación del contrato fue puesto a disposición de la adjudicataria en la Sede electrónica y Punto de Acceso General de las Cortes de Aragón a las 13.07 horas del día 19 de noviembre. El acceso a dicha notificación no fue realizado por parte de ningún representante de "X" S.L. hasta el día 13 de diciembre a las 11.37 horas, tras conversación telefónica en la que fueron advertidos precisamente de que la notificación electrónica se encontraba a su disposición desde el día 19 de noviembre.

QUINTO.- Con fecha 16 de diciembre de 2021, al amparo del artículo 27 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, el representante de "X" S.L. solicitó "copia de la resolución o decisión del órgano competente que haya servido para formular encargo y/o justificar la intervención de la mercantil Switching Consulting S.L. para resolver sobre la solicitud que "X" S.L. presentó el día 21 de septiembre de 2021 de modificación del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón», con indicación del importe de adjudicación que ha supuesto la elaboración del mismo, así como copia del informe de fiscalización de la adjudicación o el gasto que haya supuesto".

Con fecha 17 de diciembre de 2021, se accedió a entregarle la documentación que solicitaban tras recordarle a "X" S.L que no era en absoluto la primera vez que tenían noticia de la relación contractual entre las Cortes de Aragón y Switching Consulting para el asesoramiento y supervisión del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de la institución, puesto que los precios incluidos en el inicio y pliegos de la licitación fueron los indicados por dicha consultora, como así se reflejó en la propuesta de Acuerdo de la Mesa de las Cortes por la que se modificó el inicio de este expediente de contratación y que consta en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

No obstante lo anterior, el mencionado Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón, de 17 de noviembre de 2021, no ha sido recurrido por la adjudicataria ni en vía administrativa, ni en vía contencioso-administrativa.

SEXTO.- Posteriormente, con fecha 23 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el Registro de las Cortes de Aragón, escrito de "X", S.L., en el que se indica que, "vista la imposibilidad de continuar suministrando energía a las Cortes de Aragón en las condiciones establecidas en el momento de licitarse el contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión", se solicita a la Mesa de las Cortes de Aragón, "[a]cuerde, con efectos del 20 de septiembre de 2020, la resolución de mutuo acuerdo del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» (Expediente 5/20), procediendo a liquidar el contrato, desde el día siguiente, a precios de coste real de compra de energía eléctrica según OMIE.

Y en consecuencia, con efectos de la fecha del presente escrito, la resolución de mutuo acuerdo del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» (Expediente 5/20), procediendo a liquidar el contrato, desde el día siguiente, a precio de coste real de compra de energía eléctrica según OMIE."

Con carácter previo a la concreción de esa petición de resolución del contrato que se pretende con efectos retroactivos, en la que, paradójicamente, la adjudicataria maneja dos fechas alternativas distintas respecto de las que solicita la extensión de la eficacia de una eventual resolución contractual, el escrito de "X" cuestiona la legalidad del Acuerdo de la Mesa de las Cortes de 17 de noviembre, que no ha recurrido ni en vía administrativa ni contencioso-administrativa. Y lo hace poniendo en tela de juicio la capacitación técnica y jurídica del autor del Informe realizado por Swiching Consulting, al que imputa "falta de rigor y profesionalidad" y que habría inducido "interesadamente" a las Cortes de Aragón a tomar una "decisión equivocada", que, a su juicio, estaría viciada de raíz. Siguen insistiendo en este escrito de 23 de diciembre de 2021 en la escalada en el precio que ha experimentado la energía eléctrica en el mercado mayorista y, tras afirmar que "en ese incremento nada ha tenido que ver la actuación del contratista, pues obedece (…) al aumento del precio del gas que se utiliza para la producción de energía eléctrica en las centrales de ciclo combinado que complementan a otras fuentes de generación de electricidad, junto al incremento del precio de los derechos de emisión de CO2", concluye que dicha causa justifica la resolución del contrato por mutuo acuerdo al no ser imputable a "X".

SÉPTIMO.- Con fecha 19 de enero de 2022, la Mesa de las Cortes de Aragón, a la vista de la solicitud de que se ha dado cuenta en el antecedente anterior presentada por la adjudicataria del contrato en cuestión, acordó "iniciar el procedimiento para la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020), adjudicado con fecha 26 de agosto de 2020 a la empresa "X", S.L., y formalizado con fecha 18 de septiembre, con efectos de 1 de octubre de 2020, por una duración de dos años sin posibilidad de prórroga". El referido Acuerdo le fue notificado a la interesada al día siguiente, siendo recibida por comparecencia en sede electrónica por el representante de la citada mercantil el mismo 20 de enero, a las 12.48 horas.

OCTAVO.- No obstante, con fecha 20 de enero de 2022 tuvo entrada en el Registro General de las Cortes de Aragón escrito núm. 2022-E-RE-32 de la empresa "X", S.L., comunicando el traspaso a la Comercializadora de Referencia (COR) de los suministros asociados al contrato de "Suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón" (Expte. 5/20). Más en concreto, su escrito decía: "Tal y como les anunciamos en la comunicación del pasado 23 de Diciembre de 2021, procedemos al traspaso a la Comercializadora de Referencia (COR) los suministros asociados al contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» (Expediente 5/20). Nuestra voluntad siempre ha sido llegar a un acuerdo para seguir suministrando energía y que no resulte tan oneroso para "X" dada la coyuntura actual del precio de la energía que, como bien saben, está en máximos históricos y en niveles que nunca ningún analista hubiera pronosticado. El traspaso a la COR se ejecuta 14 días después de su comunicación. Estamos en disposición de suministrar energía a coste hasta la finalización del contrato, lo cual les supondrá un ahorro respecto al precio de la COR. Esperamos sus noticias para encontrar la mejor solución para todos, voluntad que hemos demostrado desde nuestro primer comunicado el pasado 18 de septiembre de 2020".

NOVENO.- Con fecha 25 de enero, la Jefa del Servicio de Gobierno Interior y de Coordinacion Administrativa, como responsable de contrato, remitió un escrito de contestación a "X" en el que, entre otros extremos, le recordaba a la adjudicataria que: "para evitar una eventual situación de incumplimiento contractual, en tanto no se dicte Acuerdo de resolución del contrato por la Mesa de las Cortes de Aragón, fijando los términos y condiciones de dicha resolución en el seno del procedimiento que ha sido iniciado precisamente a instancia de "X", S.L., el contrato de "Suministro

de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón" (Expte. 5/20) continua en vigor debiendo ser ejecutado en sus propios términos".

Con fecha 28 de enero, "X" registró un nuevo escrito, el número 2022-E-RE-39, en las Cortes de Aragón en el que la mercantil comunicaba lo siguiente: "Por la presente les comunicamos que, por el momento, no vamos a trasladar los suministros contratados a la comercializadora de referencia (COR). Aunque a nuestro entender esa decisión no supone un incumplimiento de contrato, hemos decidido mantener la situación actual con el propósito de no interferir en el proceso de resolución iniciado. Confiamos que dicho proceso será breve, pues la extraordinaria situación actual de precios provoca, injustamente, un gran quebranto diario a "X"".

Con base en los Antecedentes de Hecho que se acaban de transcribir y, en cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 109 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se emite el presente Informe jurídico, que se estructura en torno a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La imposibilidad de continuar prestando el suministro en los términos inicialmente pactados como causa de resolución contractual. Aplicación prioritaria de esta causa sobre el mutuo acuerdo.

Conviene comenzar ponderando los dos últimos escritos que la adjudicataria del contrato de suministro de energía eléctrica para las Cortes de Aragón remitió al órgano de contratación. En el escrito que tuvo entrada en las Cortes de Aragón el día 24 de enero (el mismo día, por tanto, en que se puso a su disposición en el punto de acceso la notificación del Acuerdo de la Mesa de las Cortes por el que se iniciaba, a solicitud precisamente de la interesada, el procedimiento de resolución del contrato), "X" comunicó que procedía a traspasar a la Comercializadora de Referencia (COR) el suministro en cuestión, por lo que pretendía desvincularse de sus obligaciones contractuales sin haber recaído resolución administrativa que avalara una consecuencia semejante.

Argumentaba en dicho escrito que ya había advertido de la ejecución de ese traspaso en su solicitud fechada el día 23 de diciembre, pero olvidaba decir que aquella petición lo era de inicio de un procedimiento de resolución contractual, cuyo plazo legal de tramitación es en principio (y con el matiz que luego se señalará) de un máximo de ocho meses (en virtud del artículo 13 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia

de Contratos del Sector Público de Aragón) porque exige cumplimentar una serie de trámites.

La respuesta precisamente de la Mesa de las Cortes de Aragón a dicha solicitud de 23 de diciembre fue acordar el inicio del procedimiento donde debe analizarse la concurrencia o no de una causa de resolución contractual y, en su caso, identificar cuál, sin que fuese legalmente posible para la Administración haber accedido automáticamente y sin más trámite a la petición con que concluía dicho escrito fechado en el mes de diciembre. En él se instaba a las Cortes de Aragón a resolver el contrato con "X" con efectos retroactivos al 20 de septiembre de 2020 (fecha en la que lo presentado era una solicitud de modificación, que no de resolución contractual) o, paradójicamente de forma alternativa, a resolver el contrato con efectos del mismo 23 de diciembre.

El escrito de "X", S.L., que nos fue remitido tan solo cuatro días después del fechado el 24 de enero, por el que, tras recibir la contestación de la Jefa del Servicio de Gobierno Interior y Coordinación Administrativa, nos comunican que dejan sin efecto el traspaso a la Comercializadora de Referencia (COR) de los suministros asociados al contrato, nos devuelve a su petición inicial del día 23 de diciembre y, por tanto, a analizar si se aprecia la existencia de una causa para la resolución contractual, ya sea el mutuo acuerdo, ya la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados (causas ambas barajadas por la mercantil), ya eventualmente otra distinta.

En efecto, en su solicitud de resolución contractual, la adjudicataria del suministro de energía eléctrica no solo incurre en la contradicción de citar dos fechas alternativas distintas a las que pretende retrotraer los efectos de un eventual acuerdo de resolución, sino que invoca asimismo dos posibles causas de resolución entremezcladas.

Como punto de partida, debemos acudir al artículo 211 de la LCSP, que establece (…).

Así las cosas, las invocadas por "X", S.L. son las que enumeradas en las letras c) y g) del precepto anterior, en coherencia con lo que ya se afirmaba en el dictamen jurídico que acompañaba su solicitud de modificación contractual de 21 de septiembre donde, en aquel momento de forma subsidiaria, se estudiaban las posibles causas de resolución para el caso de no ser factible la modificación del contrato. Pues bien, en aquel informe jurídico con que apoyaban su pretensión inicial, ya se analizaba como causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos iniciales, contenida en la letra g) del art. 211.1, añadiendo después que,

"asimismo, también cabría en este caso, si existe esa voluntad por las partes, la resolución por mutuo acuerdo de contrato con anterioridad a su vencimiento".

Volviendo ahora a su escrito de 23 de diciembre, la adjudicataria se refiere como causa de resolución a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados (teniendo en cuenta, además, que la modificación del contrato ya fue analizada y denegada como se ha relatado en los antecedentes del presente Informe) en varios apartados.

Así, en la página 12 de aquel escrito, se afirma: "Hasta el momento, y durante lo que se lleva de ejecución del contrato, las prestaciones han sido satisfechas conforme a lo establecido en los pliegos, por lo que no puede imputarse ninguna causa al contratista que revele dolo o imprudencia en la solicitud de resolución del contrato. Es más, se presenta con la suficiente antelación para poder llevar a cabo las actuaciones necesarias con el fin de organizar la continuidad en el suministro. Ahora bien, en caso de no poner fin a la relación contractual, la imposibilidad de hacer frente a los costes de compra de energía eléctrica para su reventa a la Cortes de Aragón, puede decirse que pone en grave riesgo dicho suministro, no estando actualmente "X" en condiciones de asegurarlo".

En la página 14, se añade:

"En definitiva, el mantenimiento del contrato en las condiciones actuales supone poner en riesgo la continuidad en el suministro de energía eléctrica a las Cortes de Aragón, y además favorece el desequilibrio empresarial con riesgo para los derechos de los trabajadores".

Abunda en la imposibilidad de seguir ejecutando el suministro en los términos iniciales cuando, aun descartando, en la página 17, la aplicación de la declaración de concurso como causa de resolución por no haberse declarado este, adjunta la evolución de las pérdidas en que le hace incurrir este contrato, concluyendo que ha llegado "hasta el punto de no poder asegurar la continuidad del suministro de energía a las Cortes de Aragón" (pág. 19).

De hecho, afirma seguidamente: "Al margen de la situación anterior, y vista la imposibilidad de "X" S.L. de continuar suministrando energía a las Cortes de Aragón en las condiciones establecidas en el momento de licitarse el contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión», debemos comunicar que se inician los trámites para que, a más tardar el 20 de enero de 2022 una de las comercializadoras de referencia de las autorizadas para operar en España se haga cargo del suministro de suministro de

energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón.

El subrayado es nuestro, pero coincide casi exactamente con el tenor literal del artículo 211.1.g) LCSP, de manera que pocas dudas ofrece que, en este supuesto, concurre, como la propia adjudicataria reconoce insistentemente, la causa de resolución de la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando tampoco es posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205. Extremo este último que quedó acreditado en el expediente núm. 284/2021, que concluyó con el Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón de 17 de noviembre de 2021, no recurrido por "X", S.L.

No obstante lo anterior, parece que de forma alternativa a la causa de resolución del art. 211.1 g), la adjudicataria invoca también, en su solicitud, la posibilidad de resolver el contrato por mutuo acuerdo, siendo esta la causa que incluye expresamente en su petitum de la página 19, solo que, como se ha puesto de relieve más arriba, barajando asimismo dos posibles fechas alternativas, pero siempre, según su lógica, con carácter retroactivo. El mutuo acuerdo ex art. 211.1.c) LCSP es también el fundamento jurídico que cita en la página 9 de su escrito fechado el 23 de diciembre.

La aplicación del mutuo acuerdo como causa de resolución alegada por "X", S.L. exige, como explicita el artículo 212.4 LCSP y la propia mercantil reconoce, la concurrencia de dos requisitos: que no existan causas para la resolución por culpa del contratista y que razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. Como ha reiterado la doctrina, la resolución por mutuo acuerdo reviste cierto carácter de excepcionalidad en la medida en que es necesario que no exista causa para aquella por culpa del contratista y que, por lo tanto, que no quiera este desvincularse de sus compromisos por su propia conducta culpable. En definitiva, el principio de autonomía de la voluntad se ve matizado por las especiales características de los contratos administrativos, de tal forma que, por disposición legal, se exige la concurrencia de otros requisitos, aparte de la voluntad, para que pueda operar el mutuo acuerdo como causa de resolución dado que, a través de los contratos administrativos, no se persigue simplemente la satisfacción de intereses particulares, sino también, mediante su ejecución, el interés público o general.

Según el parecer del Consejo de Estado, en doctrina reiterada y consolidada, la formación de la voluntad administrativa, cuya concordancia con la del contratista permite el disenso convencional, requiere fundamentar

adecuada y suficientemente la convicción positiva de la Administración contratante acerca de que el mantenimiento del vínculo contractual resulta innecesario o inconveniente. Esta convicción ha de asentarse en una rigurosa valoración del interés público o de las circunstancias de excepción que puedan concurrir, con el límite de que no existan causas para la resolución por culpa del contratista. Cada uno de los presupuestos que legitiman el consentimiento de la Administración para resolver por mutuo acuerdo (juicio positivo sobre la procedencia de extinguir el contrato y juicio negativo sobre la inexistencia de una causa resolutoria por parte del contratista) tiene sustantividad propia y autónoma, al punto de no tolerar una valoración global en la que se engarcen o interfieran sus respectivos fundamentos de hecho y de derecho.

Según nuestra jurisprudencia y doctrina, es perfectamente comprensible que una ajustada valoración del interés público pueda respaldar no solo la conveniencia de resolver el contrato, sino también la de hacerlo por mutuo acuerdo, atribuyendo una mayor eficacia expeditiva a tal acuerdo y resaltando incluso su utilidad preventiva de incidentes y controversias. Sin embargo, ello no puede obstar el debido examen de la concurrencia de la causa resolutoria imputable al contratista, puesto que la Administración, según resulta de lo dispuesto en el artículo 106.1 de la Constitución, actúa con sometimiento a los fines que la justifican, por lo que debe procederse a la debida constatación de la inexistencia de causa resolutoria imputable al contratista, para evitar así una hipotética o eventual desviación de poder, que podría consistir en sanar el incumplimiento del contratista o en liberarle de las consecuencias onerosas que de él pudieran seguirse.

Llegados a este punto, conviene poner de relieve, respecto al primero de los requisitos de la resolución por mutuo acuerdo, que la adjudicataria no ha procedido a traspasar el suministro de energía eléctrica para las Cortes de Aragón a la Comercializadora de Referencia (COR), como en un principio aseguraba en su escrito de 24 de enero, y que, por tanto, no ha incurrido hasta la fecha en un incumplimiento de la obligación principal del contrato, que constituiría causa de resolución por su culpa.

Respecto del segundo requisito de validez para que pudiera llegar a operar el mutuo acuerdo, que no es otro que la constatación de razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato (que no del suministro en sí mismo), es preciso destacar que la inconveniencia de la permanencia de este contrato en sus términos actuales existe para la empresa adjudicataria, conectada con la, ya comentada antes, imposibilidad de con-

tinuar suministrando energía a las Cortes de Aragón en las condiciones establecidas en el momento de licitarse el contrato, so pena de incurrir en pérdidas que la sitúan en una grave situación económica, a tenor de lo que afirma el representante de la mercantil.

Esta circunstancia excepcional, que ha motivado precisamente el hecho de que nos hallemos ante un proceso de resolución contractual, no ha sido puesta de manifiesto por la Administración, ni por tanto ha determinado para las Cortes de Aragón el carácter inconveniente o innecesario de la permanencia del contrato. Es una situación que ha afectado de forma sobrevenida a la adjudicataria y que supone la concurrencia de una causa que hace inconveniente, para ella sí, la continuidad del contrato. No así para la Administración, para la cual el contrato sigue siendo necesario y conveniente, y por tanto seguiría en ejecución si no se le hubieran puesto de manifiesto los problemas de orden económico que la coyuntura actual ha supuesto para la adjudicataria. No se darían entonces las estrictas razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, a que se refiere el artículo 212.4 LCSP, sino que en nuestro caso serían razones de interés particular de la mercantil adjudicataria.

Por ello mismo, y dado que la eventual formación de la voluntad administrativa favorable en este supuesto a poner fin al vínculo contractual no es otra que la de no agravar la situación de "X", S.L., que se nos describe como insostenible, hemos de considerar prevalente la causa de resolución del artículo 211.1.g). Es la declarada imposibilidad de la mercantil de seguir suministrando a las Cortes energía eléctrica a los precios pactados, cuando se ha demostrado asimismo legalmente inviable la modificación del contrato, lo que avalaría la resolución del contrato, confirmándose así tal causa de resolución.

En palabras del Consejo de Estado, en su Dictamen 1368/1992, de 26 de noviembre: "Para dar cumplida respuesta a este problema debe señalarse, en primer lugar, que la extinción por mutuo acuerdo tiene cierto carácter de excepcionalidad (dictámenes números 35.823, 51.522, 52.181, 52.451), sin que quepa dar prioridad de aplicación al mutuo acuerdo como causa de resolución, sobre todo cuando exista alguna otra imputable al contratista, o se den razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional que hagan necesaria o conveniente la continuación del contrato".

Es más, aun entendiendo que pudiera darse la causa de resolución de la letra c) del artículo 211.1 como sostiene en algunos momentos la adjudicataria, la imposibilidad de cumplimiento sería siempre previa y por tanto,

antes que el mutuo acuerdo, concurriría la causa de la letra g) de dicho precepto. De hecho, como ya hemos comentado, en el dictamen jurídico que acompañó la mercantil en apoyo de su primera solicitud de modificación contractual, en el que, siempre si esa no era factible, se barajaba ya un posible escenario de resolución, se citaba en primer lugar la causa de la letra g) y, en segundo término, el mutuo acuerdo.

En este sentido, conviene volver a recordar el tenor literal del art. 211.2 LCSP cuando señala que "en los casos en que concurran diversas causas de resolución del contrato con diferentes efectos en cuanto a las consecuencias económicas de la extinción, deberá atenderse a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo". Asimismo, en última instancia, la doctrina ha llegado a dar prioridad a la causa de resolución más especial sobre la general: "Si la ley y el contrato delimitan dos causas de resolución, una cuyo supuesto de hecho es más general que el de la otra, siempre que en el desarrollo del contrato se dé una situación cuyas circunstancias coincidan con los elementos de hecho descritos abstractamente para la causa más especial, se debe aplicar esta última, porque esa situación es la contemplada específicamente por la norma legal y la cláusula contractual. Con otras palabras, si la situación patológica de la relación contractual es subsumible en dos causas de resolución prevalece la especial sobre la general" (véase el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 700/2011, de 21 de diciembre).

Por tanto, en conclusión:

Concurre en el presente supuesto la causa de resolución del artículo 211.1.g), por imposibilidad de la adjudicataria de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando, como ya quedó señalado en expediente previo, no era posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205 LCSP. La causa de resolución por mutuo acuerdo contenida en el apartado c) de ese precepto, argüida también por la adjudicataria, no cumple para la Administración el requisito de que existan razones de interés público u otras excepcionales que hagan inconveniente o innecesario para ella el mantenimiento del contrato hoy vigente. Esa valoración la ha hecho unilateralmente la adjudicataria por razón de su situación empresarial y la general del mercado, aparte de que, como también ha expresado la jurisprudencia, "un mutuo acuerdo implica una concordancia de voluntades, faltando aquél cuando falta una de éstas" (Sentencia núm. 104/1998, de 3 febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, RJCA 1998\409, a propósito de la resolución por mutuo acuerdo de un contrato de obras).

Adicionalmente, la eventual concurrencia de esa causa nunca sería previa a la del apartado g), sino que es precisamente la imposibilidad de cumplimiento del contrato en sus términos la que provoca que resulte inconveniente la permanencia del mismo, lo cual nos lleva a la misma conclusión respecto a la causa de resolución que resulta aplicable (apartado g) del artículo 211.1), ex artículo 211.2.

SEGUNDO.- Procedimiento administrativo a seguir y efectos. La resolución contractual no puede tener carácter retroactivo.

El procedimiento a seguir para llevar a efecto la resolución contractual se regula en el art. 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, a cuyo tenor (…).

En este caso se ha evacuado, con el presente, el informe de los Servicios Jurídicos. Se ha prescindido de la audiencia previa del contratista por haberse iniciado el procedimiento a su instancia y tampoco correspondería en nuestro caso dar audiencia al avalista por no proceder la incautación de la garantía al no haber incumplimiento culpable del contratista, ni presumiblemente sería preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de Aragón salvo que se formulara oposición por parte de "X", S.L. al conocer la propuesta de la Administración de resolver ex art. 211.1.g) LCSP.

Sin embargo, volvemos en particular sobre el trámite de audiencia. Como hemos señalado, la normativa vigente, y también la jurisprudencia, sostienen el carácter preceptivo de este trámite únicamente en procedimientos iniciados de oficio, esto es, cuando la Administración promueve la resolución del contrato, sobre todo en casos de concurrencia de una causa imputable al contratista. Efectivamente no sería el caso que nos ocupa, pero sí que debe tenerse en cuenta que los escritos de la adjudicataria en relación con la resolución del contrato han manejado de modo aparentemente indistinto dos causas diferentes de resolución contractual que hemos analizado, pero es una única la que la Administración estima concurrente.

No siendo idénticas las consecuencias de la apreciación de una u otra causa de resolución, se impone la decisión más garantista para "X", S.L., esto es, la apertura de trámite de audiencia con carácter previo a la resolución con base en el art. 211.1.g) LCSP, siempre respetando la tramitación de urgencia que, como se ha indicado, debe imprimirse tanto a este procedimiento de resolución como al de adjudicación del nuevo contrato. Por lo demás, transcribimos a continuación el artículo 213 relativo al régimen general de los efectos jurídicos de la resolución contractual, debiendo tenerse en cuenta que: a) conforme a su apartado 4, el efecto de que la resolución

se acuerde por la causa recogida en la letra g) es el derecho del contratista a percibir una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar; b) conforme al apartado 5 en una interpretación sistemática con el 3, pero también con el artículo 111.1 LCSP, el acuerdo de resolución deberá contener un pronunciamiento expreso acerca de la devolución o cancelación de la garantía constituida; c) conforme al apartado 6, puede iniciarse el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón, si bien la adjudicación de este quedará condicionada a la terminación del expediente de resolución, aplicándose a ambos procedimientos la tramitación de urgencia (…).

Lo que, bajo ningún concepto puede asumirse es la pretensión de la adjudicataria de que el acuerdo de resolución contractual tenga eficacia retroactiva porque, reconducida la causa concurrente al art. 211.1.g) LCSP y apreciada la misma en el curso de este procedimiento, es el acto de la Mesa de las Cortes que le ponga fin el que, de acuerdo con la regla general, producirá efectos desde la fecha en que se dicte en los términos que hemos visto indican los apartados 4 y 5 del art. 213. De otra manera y de proceder retroactivamente, no podría justificarse la prestación que ha venido haciendo del suministro de energía eléctrica la adjudicataria en los últimos meses.

En CONCLUSIÓN,

INFORMO que, a juicio de la Letrada que suscribe, procede la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón suscrito con "X", S.L., por concurrir la causa a que se refiere el art. 211.1.g) LCSP, habida cuenta la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y no habiendo podido modificarse el contrato conforme a los arts. 204 y 205 del referido texto legal.

En este caso, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar y el acuerdo deberá contener pronunciamiento expreso acerca de la devolución o cancelación de la garantía. Asimismo, podrá simultanearse la resolución con el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, hasta cuya formalización el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determinen las Cortes de Aragón, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público, todo ello de conformidad y en los términos que prescribe el art. 213 LCSP.

Por último, se recomienda que se abra trámite de audiencia a "X", S.L en relación con la propuesta de resolución con base en el art. 211.1.g) LCSP, siempre teniendo en cuenta la tramitación de urgencia que debe imprimirse tanto a este procedimiento de resolución como al de adjudicación del nuevo contrato».

Decimosegundo.- El 2 de marzo se abre nuevo trámite de audiencia, de conformidad con el informe de la letrada de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Aragón, y el 8 de marzo de 2022, la mercantil realiza las siguientes manifestaciones:

«Primero.- Con fecha 2 de marzo de 2022 le ha sido trasladada Propuesta de resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. núm. 5/2020) para que, en trámite de audiencia y en el plazo de diez días naturales, formule las alegaciones que estime convenientes en relación con las cuestiones planteadas. Segundo.- En el plazo concedido comparece ante las Mesa de las Cortes de Aragón y, respecto de las cuestiones que se incluyen en el documento por el que se determina la apertura del trámite de audiencia, formula las siguientes consideraciones:

1.- En primer lugar, se indica que «1.- La causa de resolución, a solicitud de la empresa contratista, del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020) será la referida el art. 211.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, habida cuenta la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y no habiendo podido modificarse el contrato conforme a los artículos 204 y 205 del referido texto legal».

La causa de resolución de los contratos prevista en el art. 211.1.g LCSP es efectivamente una de las que manifestamos podía justificar la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020). Pero no la única. Señalábamos también en nuestros escritos la posibilidad de hacerlo por mutuo acuerdo de las partes, como previene el art. 211.1.c LCSP, puesto que no concurría causa imputable al contratista y justificábamos también la concurrencia de razones de interés público para ello. Es por ello que discrepamos de la imposibilidad de resolver el contrato de mutuo acuerdo debido a que «No se darían las estrictas razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, a que se refiere el artículo 212.4 LCSP, sino que en nuestro caso serían razones de interés particular de la mercantil adjudicataria».

Tal y como señalábamos en nuestro escrito de 23 de diciembre, concurren en este caso idénticas razones de interés público a las apreciadas en el caso resuelto en la Orden del Consejero de Hacienda y Administración pública de 29 de octubre de 2021 - asimismo Diputado de las Cortes de Aragón-, por la que se resuelve por mutuo acuerdo el contrato formalizado con la empresa Remica comercializadora SL para el acuerdo marco de homologación, del suministro de gas natural con destino a la administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus organismos autónomos y a los restantes entes adheridos del sector público autonómico y local, (EXPTE.: HAP SCC 16/2019): «existe como interés público indirecto, garantizar la sostenibilidad de todas las empresas que trabajan para la Administración toda vez que repercute en los trabajadores de la misma, y en aquellos sectores indirectos que se pueden ver afectados», razón apreciada debido a los informes favorables emitidos tanto por la Dirección General de los Servicios Jurídicos como por la Intervención General del Gobierno de Aragón. La misma razón cabe apreciar en el caso que aquí nos ocupa. Las pérdidas en que incurre "X" S.L. por la ejecución del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» ponen en riesgo su viabilidad y amenazan la continuidad de los empleos directos que genera en su actividad.

Sobre la retroactividad de los efectos de la resolución del contrato, solicitados en nuestro escrito de 23 de diciembre de 2021, conviene advertir que la causa que finalmente se considera viable para dicha resolución trae causa -valga la redundancia- precisamente de la decisión de no considerar modificable el contrato adoptada por Acuerdo de la Mesa de las Cortes, de 17 de noviembre de 2021. Puesto que dicho Acuerdo certificó la improcedencia de la modificación, se abre la vía a su resolución conforme al art. 211.1.g LCSP. Puesto que, por tanto, la causa de resolución concurría a partir del día 17 de noviembre de 2021, y sin perjuicio de la tramitación formal del procedimiento, por ese motivo en nuestros escritos se solicitaba la retroacción de los efectos de la resolución a ese momento primero, o subsidiariamente -y no de manera contradictoria- al momento de presentar la solicitud formal de resolución del contrato el día 23 de diciembre. Una solicitud coherente, puesto que ya en el escrito de 22 de septiembre concluíamos precisamente que en caso de no aceptarse la modificación solicitada procedería la resolución del contrato, que no se tomó como petición subsidiaria, obligando a "X" S.L. a solicitar el inicio de un nuevo procedimiento, y mientras tanto, seguir asumiendo los costes del incremento del precio de la energía. Y por ese motivo precisamente hemos de volver a insistir en nuestro *petitum*, porque el tiempo de tramitación del

procedimiento de resolución por parte de las Cortes no debería perjudicar el reconocimiento de sus efectos desde que concurre la causa de resolución que se aprecia, y más en este caso, cuando dicha causa no es en absoluto imputable al contratista, y cuando nuevas circunstancias como el conflicto bélico en Ucrania siguen haciendo más gravosa si cabe la situación económica del contratista. Reiteramos por tanto nuestra petición de efectuar una liquidación adicional del contrato, desde el 17 de noviembre de 2021, (fecha del Acuerdo de la Mesa de las Cortes señalando la imposibilidad de modificación) a precios de coste real de energía eléctrica según OMIE, o subsidiariamente, desde el 23 de diciembre de 2021 (fecha de presentación de nuestro escrito solicitando la resolución del contrato, hasta el momento en que por la Mesa de las Cortes de Aragón se acuerde formalmente la resolución del mismo.

Y reiteramos nuestra petición porque resulta manifiestamente injusto hacer recaer sobre el contratista los perjuicios derivados de una situación que no le resulta imputable, mientras las Cortes de Aragón toman el tiempo de tramitar el procedimiento -sin que deba entenderse que estemos criticando, en modo alguno, no se nos entienda mal, los tiempos de tramitación del procedimiento de resolución-. Para visibilizar la magnitud de dichos perjuicios, que a lo mejor es lo que no hemos logrado hacer ver suficientemente, se muestra a continuación una estimación del coste y la pérdida que está soportando "X", S.L. como consecuencia de la diferencia de precio que le abonan las Cortes de Aragón en ejecución del contrato y el coste real de energía eléctrica según OMIE.

Ya en el informe jurídico que acompañamos en nuestra solicitud de modificación del contrato se justificaba la enorme desproporción existente entre los precios que ha ido teniendo la energía eléctrica desde el momento de publicación del anuncio de licitación del contrato el 2 de marzo de 2020. Desde esa fecha, el precio medio del kiloWatio hora ha experimentado una variación de más de un 2000%.

2.- Posteriormente se establece en el escrito remitido que « 2.- La empresa contratista "X", S.L. tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, cuyo cálculo se efectuará sobre la cantidad pendiente de ejecutar, en función de los precios por los que se adjudicó el contrato, IVA excluido, tomando como periodo de referencia el comprendido entre el día siguiente al de la aprobación del presente acuerdo hasta el 30 de septiembre de 2022, fecha en la que estaba prevista la finalización del contrato».

La indemnización a que se refiere la propuesta se trata de un efecto que se dispone preceptivamente en el art. 213.4 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, por lo que nada ha de alegarse, a salvo de la insuficiencia de la cuantía que resulta de aplicar el citado porcentaje para compensar los perjuicios que "X", S.L viene soportando durante la ejecución del contrato que se pretende resolver.

3.- Se indica también que «3.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y en el artículo 213.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en tanto no se formalice un nuevo contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón, "X", S.L. quedará obligada a prestar el servicio en las mismas condiciones que lo venía prestando, si bien el precio del contrato será el que resulte de suministrar la energía durante el periodo indicado en el apartado anterior, a precios de coste real de todos los conceptos de coste que concurren en dicho suministro de energía eléctrica basado en el precio de la materia prima que arroja el precio del Mwh en el OMIE, tal y como solicitó la empresa "X", S.L., en escritos de 23 de diciembre de 2021 y 20 de enero de 2022 remitidos a las Cortes de Aragón. El precio que se tendrá en cuenta para el pago de la factura del mes que corresponda será el precio ponderado incluyendo todos los conceptos de coste según la energía horaria realmente consumida».

El artículo 213.6 LCSP dispone efectivamente que «Hasta que se formalice el nuevo contrato, el contratista quedará obligado, en la forma y con el alcance que determine el órgano de contratación, a adoptar las medidas necesarias por razones de seguridad, o indispensables para evitar un grave trastorno al servicio público o la ruina de lo construido o fabricado». Y también es cierto que en los escritos de 23 de diciembre de 2021 y 20 de enero de 2022 "X", S.L., se mostraba favorable a la continuación del suministro a precios de coste real de energía eléctrica según OMIE.

No obstante lo anterior, la situación actual derivada del inicio del conflicto bélico en Ucrania, acontecido con posterioridad a la presentación de los citados escritos, y las consecuencias que de ello derivan en la conformación de los precios de la energía hacen que "X", S.L., no esté en condiciones de mantener ese ofrecimiento por no poder garantizar el suministro de energía. Como consecuencia de que los precios diarios que arroja el mercado marginalista OMIE están permanentemente al alza, y se espera que superen ampliamente los 500€/Mwh debido al conflicto bélico en Ucrania, ello determina un aumento anormalmente alto de las necesidades finan-

cieras y de depósitos de garantías precisas para la adquisición de energía a las que, en este momento, "X" SL ya no está en condiciones de poder anticipar para garantizar la casación de la energía que necesitan Las Cortes de Aragón. Es por ello que, ante tal situación, y de acuerdo con el inciso final del artículo 213.6 LCSP y con la conformidad de la administración «… podrá intervenir garantizando la realización de dichas medidas bien con sus propios medios, bien a través de un contrato con un tercero» para lo cual "X", S.L. procederá con efecto inmediato a la recepción del Acuerdo de resolución del contrato a trasladar los suministros contratados a la comercializadora de referencia (COR) que sí podrá garantizar la continuidad de los suministros que no puede garantizar "X", S.L.

4.- Finalmente, se indica en el escrito que «4.- La devolución de la garantía definitiva establecida en 16.069,42 € para el Lote 1 y en 1.954,62 € para el Lote 2, depositada por la empresa "X", S.L. para la prestación del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón. (Expte. Núm. 5/2020), se efectuará una vez finalizada la prestación del suministro de energía y siempre que el suministro se haya cumplido de modo satisfactorio para las Cortes de Aragón».

Tal propuesta parece partir de la consideración de que la continuación en el suministro a que se refería en el punto anterior puede aprovecharse del régimen de garantías constituidas para la ejecución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020). Dicha consideración resulta ciertamente discutible, pues las entidades bancarias que en su día otorgaron los avales a través de los cuales se constituyeron las garantías lo hicieron para responder del cumplimiento de las obligaciones del contratista por la ejecución de las obligaciones del contrato a que dio lugar el expte. Núm. 5/2020, de manera que dejan de responder/avalar cuando cesan los efectos del contrato de referencia mediante la adopción del acuerdo de su resolución.

Además de lo anterior, respecto de tal propuesta debemos llamar la atención sobre su falta de acomodo a lo indicado en el art. 111 de la LCSP, que al regular la devolución y cancelación de las garantías definitivas establece que «El acuerdo de devolución deberá adoptarse y notificarse al interesado en el plazo de dos meses desde la finalización del plazo de garantía. Transcurrido el mismo, la Administración deberá abonar al contratista la cantidad adeudada incrementada con el interés legal del dinero correspondiente al período transcurrido desde el vencimiento del citado plazo hasta

la fecha de la devolución de la garantía, si esta no se hubiera hecho efectiva por causa imputable a la Administración». En el contrato suscrito -y tampoco en el Pliego de cláusulas administrativas particulares que rigió la licitación- no se establece plazo de garantía tras la finalización del contrato, por lo que el plazo de dos meses a que se refiere el art. 111 LCSP deberá iniciar su cómputo a partir del día siguiente a aquél en que se dicte por la Mesa de las Cortes de Aragón el Acuerdo de resolución del contrato. Y sería de agradecer que el acuerdo de devolución de las garantías se adoptase cuanto antes -no habiendo impedimento legal para que sea adoptado incluso de manera simultánea al acuerdo de resolución del contrato, pues no hay plazo de garantía que respetar- para dejar de seguir incurriendo en gastos financieros por la constitución de los avales que a nadie benefician.

Y en virtud de cuanto antecede, SOLICITA a la Mesa de las Cortes de Aragón,

Primero.- Acuerde, con efectos del 17 de noviembre de 2021, la resolución de mutuo acuerdo del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» (Expediente 5/20), procediendo a liquidar el contrato, desde el día siguiente, a precios de coste real de compra de energía eléctrica según OMIE.

Segundo.- Subsidiariamente, acuerde, con efectos del 23 de diciembre de 2021, la resolución de mutuo acuerdo del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» (Expediente 5/20), procediendo a liquidar el contrato, desde el día siguiente, a precio de coste real de compra de energía eléctrica según OMIE.

Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el inciso final del art. 213.6 LCSP, disponga lo necesario para hacerse cargo del suministro de la energía a partir de la resolución del contrato, puesto que "X", S.L. no puede garantizar la financiación de la energía de los treinta días que se fijan como periodo de facturación a los precios actuales, ni la aportación del enorme aumento de garantías que se requieren para la casación de la energía diaria que consume Las Cortes.

Cuarto.- En el mismo acto de resolución acuerde la devolución de los avales presentados como garantía definitiva del contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón» (Expediente 5/20),

En la confianza de que nuestra solicitud será aceptada y tramitada con la mayor celeridad posible, quedamos a su disposición para aclarar cualquier extremo que no resulte claro de nuestra propuesta».

Decimotercero.- La Jefa del Servicio de Gobierno Interior y de Coordinación Administrativa mediante nota interior de 9 de marzo de 2022 de 2022 solicita informe a los Servicios Jurídicos de las Cortes de Aragón, sobre las alegaciones presentadas. La letrada lo emite el 14 de marzo de 2022 en el siguiente sentido:

«ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Dando por reproducidos aquí todos los antecedentes que incluimos en el primer informe jurídico de este expediente fechado el 21 de febrero de 2022, en atención a las consideraciones incluidas en el mismo se abrió trámite de audiencia a "X", S.L. por plazo de diez días naturales con fecha 2 de marzo de 2022. A dichos efectos, se le remitió a la mercantil el citado informe jurídico y se le indicaron los siguientes elementos de la propuesta de resolución del contrato sobre los que podía manifestar su parecer: "1.- La causa de resolución, a solicitud de la empresa contratista, del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020) será la referida el art. 211.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, habida cuenta la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y no habiendo podido modificarse el contrato conforme a los artículos 204 y 205 del referido texto legal 2.- La empresa contratista "X", S.L. tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, cuyo cálculo se efectuará sobre la cantidad pendiente de ejecutar, en función de los precios por los que se adjudicó el contrato, IVA excluido, tomando como periodo de referencia el comprendido entre el día siguiente al de la aprobación del presente acuerdo hasta el 30 de septiembre de 2022, fecha en la que estaba prevista la finalización del contrato. 3.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y en el artículo 213.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en tanto no se formalice un nuevo contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón, "X", S.L. quedará obligada a prestar el servicio en las mismas condiciones que lo venía prestando, si bien el precio del contrato será el que resulte de suministrar la energía durante el periodo indicado en el apartado anterior, a precios de coste real de energía eléctrica según OMIE, tal y como solicitó la empresa "X", S.L, en escritos de 23 de diciembre de 2021 y 20 de enero de 2022 remitidos a las Cortes de Aragón. El precio que se tendrá en cuenta para el pago de la factura del mes que corresponda será el precio ponderado según energía horaria consumida. 4.- La devolución de la garantía definitiva establecida en 16.069,42 € para el Lote 1 y

en 1.954,62 € para el Lote 2, depositada por la empresa "X", S.L. para la prestación del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón. (Expte. Núm. 5/2020), se efectuará una vez finalizada la prestación del suministro de energía y siempre que el suministro se haya cumplido de modo satisfactorio para las Cortes de Aragón".

SEGUNDO.- Dentro del plazo concedido para formular alegaciones, tuvo entrada, con fecha 8 de marzo de 2022 en el Registro de las Cortes de Aragón, escrito de "X", S.L. en el que, no negando la concurrencia de la causa de resolución a que se refiere el artículo 211.1.g) LCSP que la propuesta de las Cortes de Aragón invocaba aplicable, insiste en que, a su juicio, debería efectuarse por mutuo acuerdo, en que debería darse carácter retroactivo a dicha resolución y en que debería tener unas consecuencias jurídicas que la mercantil propone.

Así, en relación a la causa de resolución concurrente, manifiesta su preferencia por resolver el contrato de mutuo acuerdo en los siguientes términos: "La causa de resolución de los contratos prevista en el art. 211.1.g LCSP es efectivamente una de las que manifestamos podía justificar la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020). Pero no la única. Señalábamos también en nuestros escritos la posibilidad de hacerlo por mutuo acuerdo de las partes, como previene el art. 211.1.c LCSP, puesto que no concurría causa imputable al contratista y justificábamos también la concurrencia de razones de interés público para ello. Es por ello que discrepamos de la imposibilidad de resolver el contrato de mutuo acuerdo debido a que «No se darían las estrictas razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato, a que se refiere el artículo 212.4 LCSP, sino que en nuestro caso serían razones de interés particular de la mercantil adjudicataria» Tal y como señalábamos en nuestro escrito de 23 de diciembre, concurren en este caso idénticas razones de interés público a las apreciadas en el caso resuelto en la Orden del Consejero de Hacienda y Administración pública de 29 de octubre de 2021 -asimismo Diputado de las Cortes de Aragón-, por la que se resuelve por mutuo acuerdo el contrato formalizado con la empresa Remica comercializadora SL para el acuerdo marco de homologación, del suministro de gas natural con destino a la administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus organismos autónomos y a los restantes entes adheridos del sector público autonómico y local, (EXPTE.: HAP SCC 16/2019): «existe como interés público indirecto, garantizar la sostenibilidad de todas las

empresas que trabajan para la Administración toda vez que repercute en los trabajadores de la misma, y en aquellos sectores indirectos que se pueden ver afectados», razón apreciada debido a los informes favorables emitidos tanto por la Dirección General de los Servicios Jurídicos como por la Intervención General del Gobierno de Aragón. La misma razón cabe apreciar en el caso que aquí nos ocupa".

En segundo lugar, la empresa insiste en que la resolución del contrato debería tener efectos retroactivos "porque el tiempo de tramitación del procedimiento de resolución por parte de las Cortes no debería perjudicar el reconocimiento de sus efectos desde que concurre la causa de resolución que se aprecia, y más en este caso, cuando dicha causa no es en absoluto imputable al contratista, y cuando nuevas circunstancias como el conflicto bélico en Ucrania siguen haciendo más gravosa si cabe la situación económica del contratista. Reiteramos por tanto nuestra petición de efectuar una liquidación adicional del contrato, desde el 17 de noviembre de 2021, (fecha del Acuerdo de la Mesa de las Cortes señalando la imposibilidad de modificación) a precios de coste real de energía eléctrica según OMIE, o subsidiariamente, desde el 23 de diciembre de 2021 (fecha de presentación de nuestro escrito solicitando la resolución del contrato), hasta el momento en que por la Mesa de las Cortes de Aragón se acuerde formalmente la resolución del mismo".

Además, en su escrito, "X", S.L. se muestra a favor de recibir una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar que se incluía en la propuesta formulada por las Cortes al amparo del artículo 213.4 en relación con el 211.1.g) LCSP. Y, por lo que respecta a la devolución o cancelación de la garantía, la mercantil afirma que, a diferencia de lo que había propuesto a las Cortes en sus escritos fechados el 23 de diciembre de 2021 y el 20 de enero de 2022, ya no se encuentra en condiciones de suministrar energía a la institución ni siquiera a precios de coste real según OMIE con lo que, no estando dispuesta a continuar el suministro hasta la adjudicación del nuevo contrato, solicita la devolución del aval al tiempo de la resolución.

Con base en lo anterior, se solicita por la Jefa del Servicio de Gobierno Interior y Coordinación Administrativa, responsable del contrato, en nota interior recibida con fecha 9 de marzo, nuevo informe jurídico sobre el procedimiento a seguir tras las alegaciones efectuadas por la mercantil adjudicataria. El Informe tiene un único FUNDAMENTO DE DERECHO

ÚNICO.- La adjudicataria del contrato parece querer elegir las consecuencias jurídicas de la resolución, mezclando indebidamente las que

derivarían de las dos posibles causas que ella misma ha barajado desde el comienzo, pero plantea oposición a la que la Administración contratante estima concurrente. Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo de Aragón como siguiente trámite del procedimiento.

En su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución del contrato, "X", S.L. no niega en el fondo la concurrencia de la "imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados" no habiendo sido posible la modificación contractual (recuérdese que el Acuerdo de la Mesa de las Cortes, de 17 de noviembre de 2021, denegando dicha modificación no fue recurrido ni en vía administrativa ni en vía contenciosa). Antes al contrario, comienza afirmando la mercantil que la causa de resolución que alega la Administración prevista en el art. 211.1.g) LCSP es una de las que puede justificar la resolución del contrato, pero añade que no es la única.

Y, a la vista de cómo continúa su escrito, podemos afirmar que el hecho de que "X", S.L. invoque con carácter preferente el mutuo acuerdo se debe a que quiere "elegir" las consecuencias jurídicas que derivarían de dicha resolución al amparo de lo que, según reconoce el art. 213.1 LCSP (aunque no lo cita expresamente), puedan válidamente estipular las partes. Subrayamos ahora el adverbio válidamente en referencia a que, en una resolución contractual producida por mutuo acuerdo, los derechos de las partes deben estipularse sin desconocimiento de unos límites a los que se acomodarán.

Bajo ningún concepto sería admisible, por ejemplo, que la Administración pudiera estipular válidamente con el contratista que la eficacia del acuerdo de resolución contractual se retrotrayese en el tiempo pues eso dejaría sin cobertura jurídica el suministro realizado durante ese intervalo, que habría que interpretar fue adjudicado directamente y sin procedimiento de concurrencia competitiva al licitador en cuestión que, a su vez, a posteriori solicita la liquidación a precios de mercado. Que la apreciación de la concurrencia de una causa de resolución requiera sustanciar un procedimiento que conlleva un tiempo de tramitación no obsta el carácter constitutivo del acuerdo de resolución en cuestión. Es ese acuerdo el que pone fin al vínculo contractual con las consecuencias jurídicas que el ordenamiento prevé, sin que pueda afirmarse que tiene meramente carácter declarativo de una causa que lleva concurriendo tiempo y que los efectos deban retrotraerse so pena de afirmar que la Administración habría incurrido en una vía de hecho durante esos meses al permitir la realización de una prestación sin título jurídico de cobertura.

La afirmación de que la adjudicataria pretende modular a su criterio los efectos de una resolución contractual, cosa que le parece le permite la resolución por mutuo acuerdo, tiene su confirmación cuando señala que nada alega en contra de la procedencia de la indemnización de un 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar aunque subraye la insuficiencia de la cuantía. Y ello porque la LCSP solo prevé esa indemnización "cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 211" (razón por la cual las Cortes de Aragón la incluyeron en su propuesta), pero no se encuentra expresamente recogida como efecto de la resolución contractual por mutuo acuerdo.

En consecuencia y sin entrar en más valoraciones jurídicas de sus alegaciones que no proceden en este momento, podemos comprobar que, aunque "X", S.L. confirme que ha devenido imposible para ella ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados (e, incluso, añade a precios de mercado), plantea oposición a que las Cortes de Aragón resuelvan el contrato por dicha causa, lo que, formalmente, tiene como consecuencia la obligación de solicitar en este expediente el dictamen del Consejo Consultivo de Aragón.

En CONCLUSIÓN,

INFORMO que, a juicio de la Letrada que suscribe, debe solicitarse dictamen del Consejo Consultivo de Aragón conforme al artículo 109.1.d) 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 y al artículo 15.8 de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón, al haberse formulado oposición por parte de "X", S.L. a la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón del que es adjudicataria por la causa a que se refiere el artículo 211.1.g) LCSP.

Asimismo, estimo que debería hacerse constar motivadamente, en la solicitud, la urgencia del dictamen al amparo del artículo 23.2 de la Ley del Consejo Consultivo de Aragón. Al haberse apreciado la concurrencia de la causa de resolución de la "imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205", deben tramitarse de forma urgente, por prescripción del artículo 213.6 LCSP, tanto el expediente de resolución como el procedimiento para la adjudicación del nuevo contrato, lo que, con carácter general (art. 119 LCSP), comporta una reducción de plazos a la mitad. En particular, siendo el plazo ordinario para la conclusión del procedimiento de resolución de ocho meses en virtud del artículo

13 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, las Cortes de Aragón deberían adoptar el oportuno acuerdo en el plazo de cuatro a contar desde el 19 de enero de 2022. Asimismo, la adjudicataria del contrato viene alegando en sus últimos escritos la magnitud de los perjuicios económicos que soporta, señalando literalmente que las pérdidas en que incurre por la ejecución del contrato "ponen en riesgo su viabilidad y amenazan la continuidad de los empleos directos que genera en su actividad", por lo que insta a una tramitación con la mayor celeridad posible. Lo anterior redundaría en nuestra petición de que el Consejo Consultivo confiera carácter urgente al dictamen que le solicitamos».

Decimocuarto.- La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 30 de marzo de 2022 —y previa propuesta del Servicio de Gobierno Interior y Coordinación Administrativa de 21 de maro de 2022, fiscalizada favorablemente por la Intervención de las Cortes de Aragón el 29 de marzo de 2022—, tomo el acuerdo que, copiado literalmente, dice lo siguiente:

«La Mesa de las Cortes de Aragón de conformidad con las competencias que se le atribuyen en materia de contratación en el artículo 30 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Administración de las Cortes de Aragón, de 6 de febrero de 2019, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como el resto de la normativa vigente en materia de contratación, habiéndose iniciado el 19 de enero de 2022, procedimiento para la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón, tramitado dicho procedimiento conforme a lo dispuesto en el art. 109 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, acuerda lo siguiente:

PRIMERO.- Solicitar al Consejo Consultivo de Aragón la emisión del dictamen preceptivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.1.d) 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 y al artículo 15.8 de la Ley 1/2009, de 30 de marzo, del Consejo consultivo de Aragón, al haberse formulado oposición por parte de la contratista "X", S.L., a la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón por la causa a que se refiere el artículo 211.1.g) LCSP, esto es, la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y no habiendo podido modificarse el contrato conforme a los arts. 204 y 205 de la LCSP, remitiendo para ello copia del expediente y propuesta de

resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020).

Al haberse apreciado por parte de las Cortes de Aragón como causa de resolución del contrato la indicada en el artículo 211.1.g) LCSP, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 213.6 LCSP, el procedimiento de resolución del contrato debe tramitarse con carácter de urgencia, por lo que la solicitud del dictamen a ese órgano consultivo se realiza con tal carácter.

SEGUNDO.- Formular propuesta de resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020), en los siguientes términos:

Primero.- Resolver, a solicitud de la empresa contratista "X", S.L., el contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020), por concurrir la causa a que se refiere el art. 211.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, habida cuenta la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados y no habiendo podido modificarse el contrato conforme a los artículos 204 y 205 del referido texto legal.

Segundo- La empresa contratista "X", S.L. tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, cuyo cálculo se efectuará sobre la cantidad pendiente de ejecutar, en función de los precios por los que se adjudicó el contrato, IVA excluido, tomando como periodo de referencia el comprendido entre el día siguiente al de la aprobación del presente acuerdo hasta el 30 de septiembre de 2022, fecha en la que estaba prevista la finalización del contrato.

Tercero.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico y en el artículo 213.6 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en tanto no se formalice un nuevo contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón, "X", S.L. quedará obligada a prestar el servicio en las mismas condiciones que lo venía prestando, si bien el precio del contrato será el que resulte de suministrar la energía durante el periodo indicado en el apartado anterior, a precios de coste real de energía eléctrica según OMIE, tal y como solicitó la empresa "X", S.L, en escritos de 23 de diciembre de 2021 y 20 de enero de 2022 remitidos a las Cortes de Aragón. El precio que se tendrá en cuenta para el pago de la factura del mes que corresponda será el precio ponderado según energía horaria consumida.

Cuarto.- Acordar que la devolución de la garantía definitiva establecida en 16.069,42 € para el Lote 1 y en 1.954,62 € para el Lote 2, depositada por la empresa "X", S.L. para la prestación del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón. (Expte. Núm. 5/2020), se efectuará una vez finalizada la prestación del suministro de energía según lo dispuesto en el presente acuerdo y siempre que el suministro se haya cumplido de modo satisfactorio para las Cortes de Aragón.»

Decimoquinto.- Por escrito de 31 de marzo de 2022 (registrado de entrada en este órgano consultivo el 4 de abril de 2022), a través de la Letrada Mayor de las Cortes de Aragón se solicita al Consejo Consultivo de Aragón la emisión del dictamen preceptivo, remitiendo copia del expediente y propuesta de resolución.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I
Competencia del Consejo Consultivo de Aragón

1 Entre las competencias que tiene asignadas el Consejo Consultivo de Aragón, se halla la de ser consultado preceptivamente en la «resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista» (artículo 15.8 Ley 1/2009, artículos 13 y 19 del Decreto 148/2010, de 7 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Aragón). Se mantiene la línea establecida por el derogado artículo 56.1.f del Texto Refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón, que incluía, entre las competencias para la emisión de dictámenes preceptivos «la interpretación, modificación, resolución y declaración de nulidad de concesiones y otros contratos administrativos». En normal coincidencia con esta regla, el artículo 191.3.a) de la LCSP, texto aplicable al caso analizado, establece que será preceptivo el informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista.

2 La Mesa de las Cortes entiende en su propuesta de resolución que existe oposición del contratista aunque en realidad del escrito de alegaciones de "X" no se deduce con claridad que exista esa oposición. En concreto "X"

manifiesta en dicho escrito: «La causa de resolución de los contratos prevista en el art. 211.1.g LCSP es efectivamente una de las que manifestamos podía justificar la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020). Pero no la única. Señalábamos también en nuestros escritos la posibilidad de hacerlo por mutuo acuerdo de las partes, como previene el art. 211.1.c LCSP, puesto que no concurría causa imputable al contratista y justificábamos también la concurrencia de razones de interés público para ello. Es por ello que discrepamos de la imposibilidad de resolver el contrato de mutuo acuerdo».

3 Es decir, discrepa de la imposibilidad de la resolución de mutuo acuerdo que mantiene la Mesa de las Cortes, pero no se opone, al menos directamente, a la resolución del contrato prevista en el artículo 211.1 g LCSP, únicamente advierte de la insuficiencia de la indemnización. Es cierto que en el *petitum* de su escrito de alegaciones hace referencia exclusivamente a la resolución por mutuo acuerdo, y de ello deduce el órgano de contratación la oposición del contratista a la resolución propuesta.

4 En definitiva, y aun considerando que según el viejo aforismo jurídico «quien calla ni afirma ni niega», solo manifiesta su voluntad de silencio, este Consejo entiende la interpretación de la Mesa, en el sentido de considerar la existencia de una oposición a la propuesta de resolución, a la vista de la insistencia del contratista en la resolución por mutuo acuerdo, después de la solicitud de una modificación contractual jurídicamente inviable, en consecuencia emite su dictamen.

5 En relación a la competencia del Pleno o de la Comisión, ha de atenderse al artículo 20.1 Ley 1/2009, que establece la competencia residual de esta segunda en aquellos asuntos no atribuidos expresamente al Pleno por el artículo 19 de la Ley.

II

Legislación aplicable y cuestiones formales

6 Tal y como hemos expresado en la consideración jurídica anterior, la legislación aplicable a este contrato es la LCSP, puesto que la fecha en que se formalizó el contrato fue el 18 de septiembre de 2020. Asimismo, habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 109 y siguientes del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RLCAP).

7 En cuanto a las consideraciones formales, debemos destacar que:

— La Mesa de las Cortes de Aragón, el 19 de enero de 2022, a la vista de la solicitud de "X", S.L., acuerda iniciar el procedimiento para la resolución del contrato a instancia del contratista, sin especificar la causa de la resolución. Este acuerdo de inicio es notificado a la empresa adjudicataria el 20 de enero de 2022.

— Se ha concedido trámite de audiencia a la entidad contratista, que ha presentado alegaciones.

— Han emitido informe la letrada de las Cortes de Aragón con fechas 21 de febrero y 14 de marzo de 2022.

— La Interventora de las Cortes, con fecha 29 de marzo de 2022, ha fiscalizado la propuesta de resolución de conformidad

— Finalmente, se solicita, debido a que existe oposición del contratista, dictamen de este Consejo Consultivo.

8 No existe constancia en el expediente del trámite de audiencia en el procedimiento de resolución a los avalistas de las garantías, en concreto a BBVA que constituyó los avales de ambas garantías definitivas. Es oportuno recordar que el artículo 191.1 de la LCSP requiere que en el procedimiento se dé audiencia al contratista, pero además, debe tenerse en cuenta el artículo 112.2 LCSP cuando refiere que «el avalista o asegurador será considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada, en los términos previstos en la legislación vigente en materia de procedimiento administrativo común».

9 La necesidad de que la entidad avalista o compañía aseguradora sea parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía es una cuestión que ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia, y que ocasiona la nulidad de lo actuado sin audiencia del tercero que garantizaba la correcta ejecución de la prestación y la retroacción de las actuaciones al momento de dicho trámite.

10 El artículo 40 LPAC señala, asimismo, que se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses, en los términos previstos en el artículo siguiente. De acuerdo con el artículo 4 de la LPAC, se consideran interesados en el procedimiento administrativo los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

11 Por tanto, no cabe negar la condición de interesado al avalista o aseguradora en todos aquellos procedimientos que tengan efectos sobre dicha garantía y que, finalmente puedan conllevar la incautación y ejecución de la misma. La omisión de ese trámite según reiterada jurisprudencia es motivo de nulidad.

12 Si bien, teniendo en cuenta la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio del 2001, la audiencia del interesado no es un valor absolutamente formal que, en todo caso determina una nulidad para el supuesto de no haberse producido en el momento procedimental previsto legalmente, sino que tanto en el ámbito administrativo como en el procesal, su eficacia invalidante queda vinculada al hecho sustantivo de que se hubiera producido indefensión.

13 En este caso, y toda vez que no se ejecuta la garantía, sino que se procede a su devolución, podría entenderse que la entidad avalista no se ve afectada, salvo por una consideración y es que «la devolución de la garantía definitiva establecida en 16.069,42 € para el Lote 1 y en 1.954,62 € para el Lote 2, depositada por la empresa "X", S.L. para la prestación del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón. (Expte. Núm. 5/2020), se efectuará una vez finalizada la prestación del suministro de energía y siempre que el suministro se haya cumplido de modo satisfactorio para las Cortes de Aragón».

14 Es decir, se mantiene la garantía más allá de la resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expte. Núm. 5/2020). Y, sin entrar a considerar si esa extensión de garantía definitiva más allá de la existencia del contrato es jurídicamente conforme a nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que esa medida se adopta sin la audiencia del avalista que es parte interesada en el procedimiento. Esta circunstancia, en el caso de mantener la propuesta de resolución, obligaría a retrotraer las actuaciones del procedimiento.

15 En relación con el plazo para resolver, en los procedimientos de resolución de contratos iniciados de oficio bajo la vigencia de la LCSP es de ocho meses conforme su artículo 212.8. El *dies a quo* para el cómputo del plazo es la fecha del acuerdo de iniciación, ex artículo 21.3.a) de la LPAC. Por tanto, ha de entenderse que el procedimiento, iniciado por Acuerdo de la Mesa de las Cortes de Aragón de 19 de enero de 2022, no se encuentra caducado.

III

Consideraciones generales sobre el contrato de suministro de energía eléctrica

16 La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico separó las actividades reguladas (transporte y distribución) y las no reguladas (generación y comercialización). Posteriormente, la Ley 17/2007, de 4

de julio del Sector eléctrico, estableció que la actividad de suministro a tarifa pasaba a ser ejercida en su totalidad por las comercializadoras en libre competencia, en lugar de las distribuidoras (encargadas hasta ese momento). Finalmente, de acuerdo con lo establecido en la Directiva Europea sobre Mercado Interior de Electricidad, la Ley 17/2007 del sector eléctrico se modificó para la total liberalización del mercado.

17 A partir del 1 de julio de 2009, tal y como recogía el RD 485/2009, las empresas distribuidoras ya no comercializan directamente al cliente la electricidad. Esta actividad la realizan las empresas comercializadoras. La Administración puede contratar su suministro eléctrico con una empresa comercializadora a mercado libre, a un precio libremente pactado. Las tarifas reguladas desaparecen, a excepción de la Tarifa de Último Recurso (TUR) para suministros de baja tensión y potencia contratada inferior a 10 kW.

18 Todo consumidor, y en consecuencia la Administración pública también, puede optar por contratar el suministro de energía eléctrica con cualquier comercializador diferente al comercializador de referencia (COR) conforme al precio y las condiciones que en su caso pacten ambas partes de mutuo acuerdo.

19 Existen muchas empresas comercializadoras en el mercado que cubren las distintas necesidades de los clientes. Sin embargo, se deben diferenciar dos tipologías: 1. Las empresas comercializadoras de referencia. Son las designadas por el Gobierno para asumir la obligación de suministrar la tarifa de último recurso (TUR) o Precio Voluntario del Pequeño Consumidor (PVPC) a los precios fijados por la Administración. Esta tarifa la suministran a todos los puntos de suministro que no han elegido comercializadora en el mercado libre. 2. Las empresas comercializadoras de mercado libre, que ofrecen ofertas de suministro en mercado libre, es decir, pueden ofrecer ofertas ajustadas a las necesidades de cada cliente, tanto en precio como en servicios de valor. Una de las características y peculiaridades de la liberalización en el sector eléctrico es la separación de la actividad en dos, la distribución y la comercialización de la energía.

20 Pues bien, existen dos formas para la Administración de contratar la energía en el mercado, o bien a través de una comercializadora o convirtiéndose en consumidor directo de mercado. Pasando por la comercializadora, nos encontramos dos opciones: acordar un contrato fijo o uno indexado. En el contrato fijo se pacta un único precio por la energía consumida a lo largo de la duración del contrato (en el caso de nuestro dictamen dos años). El contrato indexado es aquél en el que se tiene un precio diferente de la electricidad para las 8.760 horas del año, comprando la misma en el

mercado mayorista, el Mercado Ibérico de Electricidad, cuyo operador es OMIE (Operador del Mercado Ibérico de Energía). En el mercado libre el precio del kWh es el que se establece en el contrato.

21 Es decir, en el mercado libre, el comercializador y el consumidor (Cortes de Aragón) pactan libremente las condiciones de su suministro en su contrato, que incluye las condiciones contractuales que se pacten y los precios a pagar por el suministro. Los conceptos incluidos en los precios son, con carácter general: a) Un precio acordado con el comercializador por la adquisición de la electricidad en el mercado mayorista (que incluirá también el coste de las pérdidas eléctricas, la retribución del Operador del Mercado y del Operador del Sistema, y los pagos por capacidad e interrumpibilidad); b) Peajes de acceso por el uso de las redes eléctricas, establecidos por el gobierno; c) El impuesto de la electricidad; d) El alquiler del contador; y e) El IVA.

22 El precio de la energía en el mercado libre lo fija la comercializadora estableciendo una especie de tarifa plana que permite al consumidor saber de antemano lo que va a pagar por la energía que consuma en el futuro. Tradicionalmente, estas tarifas *planas* resultan más caras a cambio de más seguridad en el precio. Las tarifas planas eliminan la incertidumbre en relación con posibles cambios en los precios, pero incorporan una prima por la eliminación del riesgo, que se refleja en precios más elevados. Por el contrario, las tarifas dinámicas ofrecen precios más reducidos a cambio de traspasar al consumidor la volatilidad del precio final a pagar.

23 De ahí que, en estos supuestos, los cambios en el contrato motivados por la variación del precio, su fórmula u otras condiciones solo pueden producirse con anterioridad a la finalización de su vigencia si está previsto en el contrato de una forma específica, clara y transparente; pues los pliegos son la norma básica para resolver todo lo relativo al cumplimiento, inteligencia y efectos de los contratos administrativos en tanto que aquéllos constituyen la ley del contrato y son expresión del principio de libertad de pactos reconocido en el artículo 34 de la LCSP (traslación del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil), pactos que son lícitos siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y que han de ser cumplidos conforme al principio *pacta sunt servanda*, debiendo recordarse que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (artículo 1256 CC).

24 Las comercializadoras de energía eléctrica, las empresas que compran la energía eléctrica en el mercado mayorista para venderla a los consumidores

finales, tienen que cubrir su volumen comprometido en el mercado de futuros (por el volumen que ofrecen), pero si dejan un porcentaje a mercado con el que intentan extraer rentabilidad extra con el *timing* de compra, deberán asumir sus propios riegos.

25 El contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expediente 5/2020), celebrado con la mercantil "X", S.L. y formalizado el 18 de septiembre de 2020, y que entró en vigor el 1 de octubre de ese mismo año, es un contrato fijo.

IV
Sobre la posibilidad de la resolución por mutuo acuerdo

26 Conforme al artículo 211 LCSP son causas de resolución del contrato, entre otras, el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista, a lo que añade el artículo 212.4 que, «La resolución por mutuo acuerdo sólo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato».

27 Por tanto, dos son las condiciones que legitiman y justifican la resolución de un contrato administrativo por mutuo acuerdo:

a) Que no concurra otra causa de resolución imputable al contratista.

b) Que existan razones de interés público que hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato.

28 La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y esta afirmación, contenida en el artículo 103.1 de la Constitución, es el eje sobre el que se fundamenta la actuación de la Administración. El interés general se configura, de esta manera, como un principio constitucionalizado que debe estar presente y guiar cualquier actuación de la Administración. La consecuencia inmediata es que la Administración no goza de un grado de autonomía de la voluntad similar al que es propio de los sujetos de derecho privado y que la actuación de la Administración deberá estar guiada por la búsqueda y prosecución del interés público que le corresponda, lo que le impedirá apartarse del fin que le es propio

29 El Consejo de Estado ya señaló en su Dictamen 55008, de 14 de septiembre de 1990, lo siguiente: «Como señaló este Consejo de Estado, entre otros, en su dictamen 50.571, de 14 de mayo de 1987, el mutuo acuerdo como causa de resolución está basado en el principio de autonomía de la voluntad. Sin

embargo, este principio se ve matizado por las especiales características de los contratos administrativos, de tal forma que, por disposición legal, se exige la concurrencia de otros requisitos, aparte de la voluntad, para que pueda operar el mutuo acuerdo como causa de resolución en este tipo de contratos. El fundamento estriba precisamente en que a través de los contratos administrativos no se persigue simplemente la satisfacción de intereses particulares de los contratistas, sino que mediante su ejecución se satisface también el interés público o general».

30 La expresión *interés público* es un concepto jurídico indeterminado que no puede ser acotado de una manera precisa e inequívoca a priori, sino que es en cada caso concreto donde habrá que dilucidar si tal condición se produce o no.

31 Sobre el concepto de interés público, indica el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su Resolución n.º 242/2016 que «constituye, como es sabido, el prototipo de concepto jurídico indeterminado caracterizado, como su propio nombre indica, por la indeterminación previa de los supuestos precisos constitutivos de su existencia, debiendo ser, en cada caso, el operador jurídico quien resuelva, en vista de las circunstancias concurrentes, si existe o no un interés público que pueda justificar la decisión adoptada, dado que el interés público es, a fin de cuentas, la razón de ser justificadora de toda la actuación de la Administración y de los Poderes Públicos en general, que no pueden actuar arbitrariamente adoptando decisiones por simple conveniencia o cambiar injustificadamente de criterio».

32 La respuesta sobre si un concepto jurídico indeterminado concurre o no en cada supuesto corresponde al órgano administrativo competente para adoptar la resolución, pues la competencia es irrenunciable, aun cuando, lógicamente, pueda y deba basarse en los informes y datos acumulados a lo largo del procedimiento administrativo para adoptar una decisión fundada. Esta decisión no puede basarse en la mera sospecha o en la intuición, ni derivar de valoraciones subjetivas, sino que debe venir avalada por datos que se extraigan del procedimiento administrativo. Y así podemos afirmar que se produce en este caso, en el que el órgano de contratación no considera que concurra ese interés público para que pueda operar el mutuo acuerdo.

33 Sin que puedan tenerse en cuenta consideraciones o precedentes de otras Administraciones Públicas, como la referida a la resuelta en la Orden del Consejero de Hacienda y Administración pública de 29 de octubre de 2021, por la que se resuelve por mutuo acuerdo el contrato formalizado

con la empresa Remica comercializadora SL para el acuerdo marco de homologación, del suministro de gas natural con destino a la administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, sus organismos autónomos y a los restantes entes adheridos del sector público autonómico y local, (EXPTE.: HAP SCC 16/2019) «existe como interés público indirecto, garantizar la sostenibilidad de todas las empresas que trabajan para la Administración toda vez que repercute en los trabajadores de la misma, y en aquellos sectores indirectos que se pueden ver afectados», razón apreciada debido a los informes favorables emitidos tanto por la Dirección General de los Servicios Jurídicos como por la Intervención General del Gobierno de Aragón.

34 Es necesario insistir en que la apreciación de si concurre o no concurre interés público es una facultad que corresponde al órgano administrativo competente para adoptar la resolución. A partir de esa decisión, serán los jueces y tribunales, en su caso, quienes habrán de determinar si la Mesa de las Cortes aplicó correctamente la inexistencia de dicho concepto en el supuesto en cuestión.

35 No obstante, en un análisis somero de la cuestión, vemos que la propuesta de resolución que pone fin al procedimiento da cumplida cuenta de todos los antecedentes y pormenores de la cuestión, así como de los diversos informes emitidos a lo largo del procedimiento. Por otra parte, la propuesta de resolución aborda las consideraciones jurídicas que corresponden a una resolución de este tipo, como la inexistencia de causas imputables al contratista; la no concurrencia de las razones de interés público que sustentarían la decisión; el procedimiento aplicable; los efectos y contenido de la resolución del contrato; y finalmente un análisis sobre la tramitación seguida en el procedimiento y el cumplimiento de los requisitos legales.

36 Y hay que tener en cuenta, como recuerda el Informe 8/2013, de 10 de abril, de la JCCA de Aragón que: «Para pronunciarnos sobre la legitimidad de aplicar dicha causa de resolución hay que analizar la adecuación de las circunstancias a los requisitos de la misma. No hay que olvidar que la resolución por mutuo acuerdo se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como una causa de resolución que no legitima el libre pacto entre las partes en cualquier circunstancia».

37 En definitiva, la viabilidad de la modalidad de resolución del contrato por mutuo acuerdo requiere de la concurrencia de unos requisitos que operan a la vez como limitaciones al poder de resolver los vínculos contractuales. El requisito fundamental para que se dé el mutuo acuerdo como causa de resolución contractual es la voluntad concurrente de las partes contratantes

en orden a resolver el contrato, aunque subordinada a la inexistencia de causa de resolución imputable al contratista y a la concurrencia de razones de interés público, u otras circunstancias de carácter excepcional (debidamente justificadas), que hagan innecesario o inconveniente la permanencia de la relación contractual.

38 En este caso, es evidente la falta de voluntad de la Mesa de las Cortes de Aragón para resolver el contrato por mutuo acuerdo. Tras una adecuada tramitación procedimental de la solicitud de la empresa contratista de resolver el contrato por mutuo acuerdo, la Mesa de las Cortes de Aragón concluye que no existen razones de interés público que hagan inconveniente la permanencia del contrato en los términos en que se suscribió. El quebranto económico que según la empresa contratista se le podría producir al ejecutar en sus términos el contrato fue asumido por ella al aceptar las cláusulas del contrato.

V
Sobre la concurrencia de la causa de resolución prevista en el apartado d) del artículo 211.1 g) de la LCSP

39 La propuesta de resolución considera que procede la resolución contractual al amparo del artículo 211.1 g) de la LCSP, en el que se recoge como causa de resolución la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido.

40 A la imposibilidad de ejecutar la prestación objeto del contrato en sus propios términos, se une como requisito para la resolución del contrato que el mismo no pueda ser modificado conforme a lo previsto en la propia LCSP, lo que nos obliga a analizar si esa modificación sería posible.

A) La imposibilidad de modificación del contrato.

41 La modificación de los contratos es una de las prerrogativas que, al igual que las anteriores leyes de contratación, la LCSP reconoce a las Administraciones Públicas, debiendo ser ejercitada tal facultad «por razones de interés público» (artículo 190 LCSP).

42 El ejercicio de tal prerrogativa se encuentra limitado a que o bien las modificaciones se encuentren previstas en el pliego de cláusulas

administrativas particulares, o bien que no estándolo, se den determinadas circunstancias —y no se den otras—, previstas en la Ley.

43 El régimen actual de la modificación de los contratos en la LCSP viene caracterizado por una profunda limitación legal, fruto de la jurisprudencia europea, pese a que la regulación europea es mucho más permisiva en esta materia que nuestra regulación nacional. Los principios de igualdad y concurrencia obligan a ser restrictivos a la hora de analizar la procedencia de la modificación de contrato cuando esta posibilidad no está prevista en los pliegos.

44 El artículo 204 LCSP permite modificar los contratos hasta un máximo del veinte por ciento del precio inicial cuando en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se hubiese contemplado expresamente esta posibilidad, y siempre que la cláusula esté formulada de forma clara, precisa e inequívoca y detalle el alcance, límites y naturaleza de la modificación.

45 Pues bien, la única causa de modificación prevista expresamente en el PCAP del contrato de suministro de energía eléctrica para las Cortes de Aragón es literalmente para los: «cambios producidos en el mercado regulatorio de la energía eléctrica y altas y bajas en la relación de puntos de suministros», y el porcentaje del precio de adjudicación del contrato al que como máximo podrán afectar es de un 5% (Anexo XVI del PCAP del contrato). Parece claro que por esta vía, con independencia de la interpretación que se realice de la literalidad del texto, no es posible atender las pretensiones que solicita el contratista, según se deduce de su propia solicitud.

46 La regulación de las modificaciones no previstas en los pliegos es más estricta en la LCSP que en la anterior normativa e, igualmente, más restrictiva que la prevista en las Directivas comunitarias. Y así, en cuanto a la posible aplicación al supuesto del artículo 205. 2 b) LCSP: «Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato»; con la actual Ley se exige la concurrencia de que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever. Por lo tanto, el concepto de circunstancias imprevistas no es el mismo que el de circunstancias no previstas, a esa no previsión debe añadirse la circunstancia de la imposibilidad de previsión para una Administración diligente. Y no parece que sea este el supuesto aplicable a la vista del informe de la letrada de las Cortes de Aragón, de 28 de octubre de 2021 y del Informe técnico de Switching Consulting.

47 Pero además, el artículo 205. 2 b) 2.º LCSP exige, en estos supuestos, que «la modificación no altere la naturaleza global del contrato». Hasta

la Ley de Economía Sostenible la referencia a las condiciones esenciales del contrato no dejaba de ser un concepto jurídico indeterminado cuya concreción quedaba a discreción de la entidad contratante. La LCSP, considera una modificación sustancial en términos mucho más reglados. Así, son en todo caso alteraciones sustanciales: «La modificación que introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la aceptación de una oferta distinta a la aceptada inicialmente o habrían atraído a más participantes en el procedimiento de contratación».

48 Y en nuestro caso, no cabe duda alguna que se pretende sustituir un contrato fijo del mercado libre por otro contrato a precio modulado en el mercado regulado. La alteración de la naturaleza global del contrato tiene lugar cuando se cambian de modo sustancial las prestaciones que constituían su objeto primigenio o cuando se cambia la naturaleza del contrato, que pasaría a ser de otro tipo distinto del que se licitó inicialmente, conclusión a la que llega la Junta Consultiva de Contratación del Estado en la consulta formulada con n.º de expediente 28/2018. Y en el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su reciente Resolución n.º 436/2022, de 7 de abril.

49 De la lectura de la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y de la LCSP puede deducirse que «modificación sustancial» y «alteración de la naturaleza global» no son sinónimos ni equiparables. Podemos afirmar que la alteración de la naturaleza global del contrato constituye un límite también a las modificaciones previstas, mientras que la modificación no sustancial está siempre permitida incluso aunque no esté prevista.

50 El considerando 107 de la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, dice:

> «Es preciso aclarar las condiciones en las que la modificación de un contrato durante su ejecución exige un nuevo procedimiento de contratación, teniendo en cuenta la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es obligatorio un nuevo procedimiento de contratación cuando se introducen en el contrato inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial. Tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicho contrato. En

concreto, así sucede si las condiciones modificadas habrían influido en el resultado del procedimiento, en caso de que hubieran formado parte del procedimiento inicial».

51 El considerando 109 de la directiva 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, dice:

> «Los poderes adjudicadores pueden encontrarse con circunstancias ajenas que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución del con- trato se extiende durante un largo periodo de tiempo. En este caso, hace falta cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a esas circunstancias sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación. El concepto de circunstancias imprevisibles hace referencia a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. Sin embargo, no puede aplicarse en los casos en que una modificación tiene como resultado una alteración de la naturaleza de la contratación global, por ejemplo, si se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica de manera fundamental el tipo de contratación, ya que, en una situación así, cabe suponer una hipotética influencia en el resultado».

52 De manera que el criterio de la naturaleza global no hace referencia exactamente a la naturaleza del contrato, sino a características esenciales del procedimiento de contratación que se ha realizado previamente. En estos términos, se alterará la naturaleza global del contrato si se introducen variaciones en aquellos elementos que de modo más decisivo han condicionado el desarrollo del procedimiento de contratación desde la perspectiva tanto del número de las ofertas recibidas como de su contenido.

53 La doctrina entiende que ello sucede, cuando se rebasen determinados límites cuantitativos, o cuando se altere el equilibrio del contrato en favor del contratista. En definitiva, cuando la norma exige que no se altere la naturaleza global del contrato lo que veda es que mediante su modificación se altere de modo sustancial las prestaciones que constituían su objeto primigenio, en tal medida, que introduzcan variaciones en aquellos elementos que de modo más decisivo han condicionado el desarrollo del

procedimiento de contratación desde la perspectiva tanto del número de las ofertas recibidas como de su contenido.

54 Y en nuestro caso, insistimos, a juicio de este Consejo Consultivo no cabe duda alguna que se pretende sustituir un contrato de suministro a precio fijo del mercado libre por otro contrato a precio modulado en el mercado regulado.

55 Es incluso incomprensible que se llegue por el contratista a manifestar que:

> «Y también es cierto que en los escritos de 23 de diciembre de 2021 y 20 de enero de 2022 "X", S.L., se mostraba favorable a la continuación del suministro a precios de coste real de energía eléctrica según OMIE. No obstante lo anterior, la situación actual derivada del inicio del conflicto bélico en Ucrania, acontecido con posterioridad a la presentación de los citados escritos, y las consecuencias que de ello derivan en la conformación de los precios de la energía hacen que "X", S.L., no esté en condiciones de mantener ese ofrecimiento por no poder garantizar el suministro de energía. Como consecuencia de que los precios diarios que arroja el mercado marginalista OMIE están permanentemente al alza, y se espera que superen ampliamente los 500€/Mwh debido al conflicto bélico en Ucrania, ello determina un aumento anormalmente alto de las necesidades financieras y de depósitos de garantías precisas para la adquisición de energía a las que, en este momento, "X" SL ya no está en Página 281 10 condiciones de poder anticipar para garantizar la casación de la energía que necesitan Las Cortes de Aragón».

56 En cualquier caso, el acuerdo de la Mesa de las Cortes, de 17 de noviembre de 2021, acordó que no procedía la modificación del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón en los términos solicitados por la contratista, con base en el informe técnico de Switching Consulting, S.L., como en el Informe jurídico, y previa fiscalización de conformidad por la Interventora de las Cortes.

57 En particular, el órgano de contratación valoró que, al tratarse de una modalidad contractual de suministro de energía en el mercado liberalizado, el incremento de precios en el mercado mayorista es ajeno al precio fijo ofertado por la contratista, no pudiendo subsumirse tampoco en el concepto de «cambios producidos en el mercado regulatorio» a que se refiere el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y que tendrían que ser cambios distintos de las variaciones del IEE o del IVA o de los peajes de acceso que ya, por imperativo del PPT, serían repercutibles a las Cortes de Aragón.

58 También se tuvo en cuenta que la subida de precios en el mercado mayorista de energía eléctrica no afecta al precio fijo del contrato celebrado por la Cortes con lo que resultaba inaplicable el precepto legal referido a las modificaciones contractuales por causas imprevistas.

59 La denegación de la modificación contractual solicitada por "X", S.L no fue recurrida ni en vía administrativa ni en vía contenciosa.

B) La imposibilidad de ejecutar la prestación objeto del contrato.

60 La motivación de la causa de la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados no aparece reflejada con claridad en la propuesta de acuerdo de la Mesa de las Cortes, que firma la Jefa de Servicio de Gobierno Interior y Coordinación Administrativa el 21 de marzo de 2022.

61 Según esta propuesta, y el informe de 21 de febrero de 2022 de la letrada de las Cortes, la imposibilidad devendría de «la imposibilidad de hacer frente a los costes de compra de energía eléctrica para su reventa a las Cortes de Aragón», según manifiesta la contratista en la página 14 de su escrito de 23 de diciembre de 2021, y en la página 19 del mismo escrito se afirma: «y vista la imposibilidad de "X" S.L. de continuar suministrando energía a las Cortes de Aragón en las condiciones establecidas en el momento de licitarse el contrato de «suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión».

62 En relación con esta causa de resolución, en nuestro dictamen 213/2013 se indicaba que debía ser interpretada de acuerdo con lo dispuesto por el Dictamen del Consejo de Estado 318/2012, que señalaba lo siguiente:

> «No debe olvidarse que esta causa fue introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Como resaltaba el Consejo de Estado en su dictamen 215/2010, de 18 de marzo (sobre el anteproyecto de esta ley), el objetivo de la reforma del régimen de modificación de los contratos públicos, una vez celebrados, consistía precisamente en restringir la posibilidad de tal modificación, a la vista del dictamen motivado que la Comisión Europea remitió al Reino de España (en el seno de la fase precontenciosa del procedimiento por incumplimiento del Derecho europeo), al considerar que el régimen de modificación de los contratos con posterioridad a su adjudicación, tal y como estaba regulado en la versión originaria de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, infringía los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia derivados del artículo 2 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004,

> sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. Como complemento de este nuevo régimen, en el que las posibilidades de modificación contractual son mucho más limitadas, el legislador introdujo la causa de resolución analizada, con el objetivo de permitir poner fin al vínculo convencional en aquellos supuestos en los que el contrato no puede ser modificado, pero tampoco ejecutado en los términos inicialmente pactados, motivo por el cual la resolución conlleva, como regla general, el derecho del contratista a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa de resolución le sea imputable (apartado 5 del artículo 208 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, añadido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible).
>
> Atendiendo al origen y exégesis de esta causa de resolución, resulta patente que no puede apreciarse su concurrencia en el caso analizado. En efecto, la ejecución del proyecto en las condiciones pactadas no resulta técnica ni físicamente imposible, simplemente lo es para la contratista por razones financieras que en nada atañen a la Administración. Por este motivo, no debe mencionarse la causa de resolución del artículo 206.g) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, cuyos efectos, por lo demás, serían distintos de los propios de la resolución contractual por el incumplimiento culpable de la contratista que se aprecia en el presente supuesto».

63 Por tanto, seguíamos afirmando en nuestro dictamen 213/2013, esta causa de resolución fue introducida para aquellos supuestos en los que se pretende modificar un contrato, pero esta modificación no puede llevarse a cabo porque no existen los requisitos legales para ello, y, no siendo modificable el contrato, existe imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, o existe la posibilidad de lesión grave para el interés público en caso de continuarse su ejecución.

64 Entiende este Consejo Consultivo que la imposibilidad a la que hace referencia el artículo 211.1 g) de la LCSP es una imposibilidad objetiva, es decir que depende de un impedimento inherente al contenido de la prestación y no de otras circunstancias. De hecho, en nuestro derecho patrimonial se ha distinguido, como lo ha hecho el Tribunal Supremo, entre imposibilidad de cumplimiento de la prestación y extraordinaria dificultad de la misma, en el sentido de que sólo la primera es causa de la extinción de la obligación.

65 En este supuesto, la ejecución del contrato, esto es, la prestación del suministro de energía eléctrica por la empresa contratista, no es imposible, como manifiesta la Mesa de las Cortes; pues no existe ningún obstáculo técnico o físico que impida la realización de la prestación en los términos inicialmente pactados.

66 A la imposibilidad física o material se refiere la doctrina jurídica como la presencia de obstáculos o impedimentos que no permiten que lo convenido pueda materializarse en la realidad y dar así cumplimiento a la obligación contraída. Y así, una determinada prestación no es imposible por el solo hecho de que al tiempo de contratar se considere poco probable su ejecución, o bien que su cumplimiento sea muy gravoso.

67 De hecho la imposibilidad manifestada en los distintos escritos de la mercantil comercializadora pierde fuerza en la medida en que aun siendo imposible la prestación del suministro, según sus manifestaciones, le resulta posible seguir haciéndolo.

68 En virtud del principio *pacta sunt servanda,* piedra angular del derecho contractual, y que presume la libertad de las personas para regular sus relaciones jurídicas, en la medida que las partes hayan libremente acordado el cumplimiento de una obligación, su difícil o gravosa ejecución deja de ser objeto de preocupación del derecho objetivo, al menos en nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública.

69 Tampoco existe, a la vista de la documentación del expediente, ninguna imposibilidad técnica para seguir prestando el suministro eléctrico que permita activar la causa del artículo 211.1 g) de la LCSP, salvo las dificultades financieras de la contratista. Entiende este Consejo que esas dificultades financieras no pueden subsumirse en el supuesto de la causa de resolución invocada.

70 La mercantil "X", S.L es una comercializadora de mercado libre, que comercializa la energía a precios no regulados por el Gobierno, es decir, precios basados en la libre competencia. Es decir, estamos ante un contrato en el mercado no regulado, o libre, por lo que el precio y condiciones son los pactados por ambas partes de mutuo acuerdo en el contrato formalizado el 18 de septiembre de 2020.

71 Y conviene recordar, que el artículo 197 LCSP consagra el principio de riesgo y ventura en los contratos administrativos: «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 es que, como afirma el Tribunal Supremo en su jurisprudencia consolidada, en lo que concierne

a las alteraciones de la economía del contrato, 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.

72 El *riesgo y ventura* es un principio ampliamente abordado por los órganos consultivos en materia de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su recomendación de 10 de diciembre de 2018, afirmaba lo siguiente:

> «La concreción de este principio supone que el contratista asume los riesgos normales que son inherentes a la ejecución del contrato, de modo que la mera variación de las circunstancias bajo las que se firmó el mismo no permitiría que el contratista pidiera unilateralmente la modificación del contrato. Señala el Tribunal Supremo que "en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, 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" (STS de 20 de julio de 2016). Esta misma sentencia nos recuerda que la proclamación legal del principio de riesgo y ventura lleva inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.»

73 El Consejo de Estado, en su dictamen de 11 de abril de 2019, en relación con la subida de precios de los materiales en un contrato de obras, manifestaba cuanto sigue:

> «En el caso del contrato de obras, uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que liga a las partes es el de que la ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista, sin que a la Administración "le importe para nada el desarrollo de su ejecución y las incidencias que pudieren surgir", por utilizar las palabras del artículo 26 de la Real Orden de 14 de abril de 1836. La única excepción a la vigencia del principio de riesgo y ventura es la fuerza mayor -que no es el caso-.

En otros términos, el contratista está obligado a construir la obra pública, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución y pérdida, salvo en el caso de fuerza mayor. La referida regla de la construcción de la obra a riesgo y ventura del contratista comporta que el adjudicatario se beneficie de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudique con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada.

La Administración permanece, pues, ajena a la suerte o desventura del contratista. Lo que sí hace la Administración es garantizar la indemnidad de las prestaciones económicas del contratista a que se obliga en virtud de la relación contractual mediante la técnica de la revisión de precios (cuando resulte de aplicación) que no es sino una cláusula de estabilización, de las llamadas de índice, directamente encaminada a proteger contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Lo expuesto no significa que la regla del riesgo y ventura del contratista no tenga sus naturales límites, determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico- financiero. El contrato de obras está sujeto, como se ha indicado, al criterio general de la obligatoriedad. Y 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*). 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 (*bouleversement*, decía el Consejo de Estado francés en su *arrêt* de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración *factum principis*, bien en circunstancias ajenas a esta, 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 los dictámenes más recientes, 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 solo 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 quiebra enteramente el equilibrio contractual (dictámenes número 3.205/2003 de 20 de noviembre y 635/2005 de 5 de mayo). 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 regulares (la revisión de precios cuando procede entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente). III.- En el caso objeto de consulta no puede concluirse que se haya producido esa quiebra. Como el Consejo de Estado ha mantenido en sus dictámenes números 953/2011, 954/2011, 64/2012, 65/2012, 169/2013, 267/2013, 370/2013, 716/2013, 568/2017 y 93/2019, entre otros, 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, cual podría haber sido la de suspensión de la obra (para poder realizar un acopio de materiales de modo más adecuado en su precio).

En el contrato de obra pública la obligación principal es la de ejecutar la misma, no la del suministro de materiales, y el precio no se fija por el de los materiales, sino por el de la realización de ese servicio (la obra). La conmutatividad de las prestaciones se mide en la

correspondencia del precio al servicio, no a los materiales de que se provee quien lo presta. Y tampoco, en modo alguno, se ha puesto de manifiesto aquí por la contrata, ni por ninguno de los informes, que se haya incurrido en un posible enriquecimiento injusto. Procede observar que, si bien la empresa reclamante en el presente expediente aduce incrementos del precio de los materiales bituminosos durante el período de la ejecución de las obras, lo hace en abstracto, sin concretar las cantidades que efectivamente pagó por ellos, por lo que no está acreditada la entidad real exacta del perjuicio que en sus expectativas de beneficio produjo dicho incremento.

Tampoco es incuestionable que los citados incrementos de los precios de los ligantes fueran del todo imprevisibles habida cuenta de la tendencia previa a la licitación en la evolución de sus precios, lo cual habría aconsejado mayor diligencia en las correspondientes previsiones, si bien la contratista optó por realizar una baja muy significativa del precio en su oferta para conseguir la adjudicación, ajustando al máximo los márgenes hasta un punto en que difícilmente podía absorber eventuales desviaciones de precios de los materiales a emplear en la obra, como parece que ocurrió en su caso. No obstante, ello no empecha para que la contratista haya de estar al albur del principio de riesgo y ventura propio de los contratos de obras públicas. No se trata de hacer una valoración de la subjetiva estimación empresarial para una obra en concreto, ni tampoco de indagar acerca de parámetros objetivos en los que encajar esa previsión mercantil.

En el régimen contractual español la postura de la contrata se refleja en una auténtica oferta, y es la Administración quien la acepta mediante la adjudicación. La posible representación errónea de las circunstancias que para sí realice la contrata, han de competir con otras en su oferta, tiene su significado estricta y exclusivamente en su ámbito interno. De otro modo, se subvertiría el procedimiento de adjudicación contractual, pues toda baja se corregiría posteriormente al alza, eliminándose de hecho la libre competencia en la adjudicación, penalizando al más eficiente a quien opera con mayor ligereza en la presentación de sus ofertas.»

74 En definitiva, para la subida generalizada del incremento de precios en el mercado mayorista de la energía eléctrica la LCSP no contempla previsiones de la alteración de la relación económica de las partes más allá de la revisión de precios (de preceptiva incorporación al pliego) o, en su

caso, del equilibrio económico del contrato en base al *factum principis*, *ius variandi* o fuerza mayor. Fuerza mayor que ha quedado encajada en los precisos supuestos establecidos en el artículo 239 de la LCSP: incendios causados por la electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos (maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes), y destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

75 Si la causa del artículo 211.1 g) de la LCSP, que se invoca en la propuesta de resolución de la Mesa de las Cortes de Aragón, tuviera el alcance de absorber todas las dificultades económicas de los contratistas como consecuencia de la subida de precios, perdería sentido la promulgación de Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras; así como el Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública de Aragón. Normas que, por cierto, no hacen referencia a los contratos de suministros.

76 En el supuesto de nuestro dictamen, que consiste en una subida del precio de la energía eléctrica que debe adquirir la comercializadora que contrató el suministro con las Cortes de Aragón a precio fijo, y que puede devenir en la inviabilidad económica del suministro, la LCSP, no ofrece solución jurídica alguna. Ni tampoco las normas citadas en el parágrafo anterior.

VI
Sobre la retroactividad de los efectos de la resolución

77 Finalmente es necesario abordar la controversia sobre la retroactividad de los efectos de la resolución, en el caso de que esta se acordase. De acuerdo con el artículo 36 LCSP, y con carácter general, los contratos que celebren los poderes adjudicadores se perfeccionan con su formalización, y a partir de ese momento adquiere la virtualidad de ser fuente de derechos y obligaciones para las partes, entre ellas la posibilidad de iniciar el

procedimiento de resolución, y de la misma forma que sin la formalización del contrato no cabe iniciar su ejecución, tampoco sin la resolución del contrato cabe cesar sus efectos ni estos extenderse al momento anterior a su formalización.

78 La firma del contrato marca el comienzo de la ejecución y el cómputo cronológico a efectos de abono de la prestación del suministro. La extensión retroactiva de los efectos de la resolución a una fecha anterior a la adopción de la misma presupondría la existencia de una actividad prestacional desarrollada sin cobertura jurídica alguna, sustentada acaso en un compromiso verbal, cabría suponer, posibilidad expresamente vedada por el artículo 37 LCSP y que acarrearía como primera consecuencia la nulidad del contrato celebrado.

79 No es pues defendible que la resolución del contrato tenga meramente un carácter declarativo de la causa que motiva la misma pues la contratación administrativa no solo tiene un marcado carácter formal, sino que la formalización es un requisito esencial tanto para el inicio de la ejecución del contrato cuanto para la finalización de sus efectos. En este sentido el artículo 153.6 LCSP establece que no puede iniciarse la prestación de contrato con carácter previo a su formalización. Y, en su consecuencia, tampoco cabe extender los efectos de la resolución con carácter previo al acto de su aprobación.

En virtud de las consideraciones que anteceden, el Consejo Consultivo de Aragón emite el siguiente DICTAMEN:

Que, se informa con carácter desfavorable la propuesta de resolución del contrato de suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión para las instalaciones de las Cortes de Aragón (Expediente 5/2020), celebrado con la mercantil "X", S.L.

Zaragoza, a cuatro de mayo de dos mil veintidós.