

EFFECTOS DE LAS MEDIDAS QUE SE ADOPTEN EN RELACIÓN AL CORONAVIRUS (COVID-19) SOBRE LOS CONTRATOS PUBLICOS ACTUALMENTE VIGENTES.

Javier Tena Ruiz

Coordinador del Proyecto CSP

Pilar Hontanilla Torres

Colaboradora del Proyecto CSP

El Gobierno de España y el de algunas Comunidades Autónomas han aprobado una serie de medidas de carácter extraordinario por el coronavirus (COVID-19), entre las que se incluye la suspensión de algunas actividades, lo que afecta de una forma directa o indirecta a numerosos contratos públicos que actualmente se encuentran en ejecución.

A la vista de las solicitudes efectuadas por algunas entidades públicas usuarias del Proyecto CSP se elabora el presente documento, a través del cual se efectuará un análisis general sobre los posibles efectos que puede producir sobre los contratos públicos vigentes la adopción de medidas por el coronavirus o la aplicación de las medidas acordadas por otras Administraciones.

El análisis se centra con carácter general en los contratos de obras, servicios y suministros, es decir, sin entrar en el análisis del mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones de obras o de servicios o de los antiguos contratos de gestión de servicio público, que disponen de una regulación específica en los artículos 270 y 290 de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y los artículos 258 y 282 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Las consideraciones que se exponen a continuación se realizan al amparo del marco normativo actual y de la doctrina que en este momento resulta aplicable, es decir, sin perjuicio de su adaptación en caso de que se adopten otras medidas legislativas o criterios doctrinales.

1. Principios fundamentales de los contratos públicos.

1.1. Principio de inmutabilidad.

Los contratos públicos tienen su origen en el acuerdo de voluntades entre el órgano de contratación y el contratista, por lo que, en base al principio “pacta sunt servanda”, las obligaciones derivadas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, debiéndose cumplir

a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por el legislador a favor de las Administraciones Públicas.

En este sentido, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en su Resolución 225/2018 de 25 de julio, establece que

“(...) los Pliegos conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación y vinculan en sus propios términos, (Vid por todas STS de 29 de septiembre de 2009 o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 128/2011, de 14 de febrero (JUR 2011/170863), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido. En este sentido, recogiendo lo dispuesto en el artículo 145.1 del TRLCSP, la presentación de proposiciones supone, por parte del empresario, la aceptación incondicional del clausulado de los pliegos sin salvedad o reserva alguna”

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 20 de julio de 2016, nos recuerda que

“el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige nuestro ordenamiento jurídico, tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TRLCAP de 16 de junio del 2000, y los artículos 208 y 209 del TRLCSP de 14 de noviembre de 2011”.

La referencia a los artículos del TRLCSP debe entenderse efectuada a los actuales artículos 188 y 189 de la nueva Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

En base a estos últimos, los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 25 LCSP¹ y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares o documento descriptivo que sustituya a éstos, debiéndose cumplir los contratos a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación a favor de las Administraciones Públicas.

¹ El artículo 25.2 LCSP dispone que, los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les será de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

1.2. Principio de riesgo y ventura.

La contratación administrativa también se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, materializada en el principio de riesgo y ventura del contratista regulado en los artículos 215, 231 y 242 TRLCSP y artículo 197 LCSP.

Así, el artículo 197 LCSP dispone que *“la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239.”*

Tal y como señala la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018, 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 pudiera pedir unilateralmente la modificación del contrato.

El Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de julio de 2016 ha considerado que el 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

1.3. Supuestos excepcionales a la aleatoriedad de los contratos públicos.

En nuestro ordenamiento jurídico se establecen unas excepciones tasadas a la aleatoriedad de los contratos públicos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato exclusivamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*), o por hechos que exceden del normal “alea” del contrato, por ser reconducibles a los supuestos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

En lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de julio de 2016 ha refrendado la aplicabilidad del principio de riesgo y ventura, reconociendo que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depara la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución. Consiguientemente, para que proceda el reequilibrio financiero del contrato mediante una indemnización compensatoria no bastará con

que su economía haya resultado alterada, sino que será preciso que la causa de esa alteración haya sido el "factum principis", el ejercicio del "ius variandi" o la concurrencia de circunstancias calificables de "hecho imprevisible" y siempre que se cumplan unas determinadas condiciones, que han de verificarse caso por caso.

Más allá de tales supuestos, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para reestablecerla ².

2. Posibles efectos en la contratación pública de las medidas que se adopten por el coronavirus.

Los efectos sobre los contratos públicos vigentes de las posibles medidas extraordinarias que se puedan adoptar podrían ser:

2.1. Suspensión del contrato.

El órgano de contratación ostenta la facultad de suspender la ejecución del contrato en virtud del artículo 190 de la LCSP, que establece que:

“Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta”.

Así, cuando las medidas afecten a la ejecución del contrato haciendo innecesario el mismo de forma parcial o total, el órgano de contratación podrá acordar la suspensión de los contratos en los términos del artículo 208 LCSP, que establece que:

“1. Si la Administración acordase la suspensión del contrato o aquella tuviere lugar por la aplicación de lo dispuesto en el artículo 198.5, se extenderá un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquel”

La norma no establece ningún tipo de límite a la facultad de suspensión de la ejecución del contrato, en consecuencia, la suspensión puede afectar a todo tipo de contratos y puede ser, en

² Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2016 y Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018.

función de a qué parte del objeto del contrato afecta, total o parcial, y atendiendo a su duración, temporal o definitiva.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 208 LCSP establece que, una vez acordada la suspensión del contrato, sería necesario proceder a indemnizar al contratista por los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste, en atención a una serie de reglas:

“a) Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá, siempre que en los puntos 1º a 4º se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los siguientes conceptos:

1º Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.

2º Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión.

3º Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.

4º Alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido.

5º Un 3 por 100 del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato.

6º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato”

En todo caso, el contratista puede instar la resolución del contrato cuando la suspensión supere los límites temporales establecidos en la LCSP.

2.2. Modificación del contrato (Ius variandi).

Siguiendo el criterio de la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de diciembre de 2018, cabría la posibilidad de reequilibrar las prestaciones de un contrato como consecuencia de las modificaciones producidas en el mismo, derivadas de las medidas adoptadas que produzcan un cambio en las condiciones de la prestación.

El artículo 203.1 LCSP, así lo establece al señalar que

“Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.”

Desde el punto de vista material esta modificación de los contratos tendría encaje en el artículo 205 LCSP, que regula las *“modificaciones no previstas en el PCAP: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.”*

El artículo 205 apartado 2 LCSP, tasa los siguientes supuestos que eventualmente podrían justificar una modificación:

- a) Cuando deviniera necesario añadir obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados.
- b) 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,
- c) Cuando las modificaciones no sean sustanciales.

Cabría considerar aplicable el apartado b), al tratarse de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación, si bien la modificación podría encuadrarse en cualquier otro supuesto siempre que se cumplan los requisitos y límites que se establecen para cada uno de los supuestos.

2.3. En el caso de que se produzca la alteración indirecta de la prestación contratada, sin mediar suspensión y sin que resulte procedente efectuar una modificación, podríamos considerar los siguientes supuestos:

2.3.1. Factum principis.

Como nos recuerda la Audiencia de Cuentas de Canarias en su Dictamen de 31 de octubre de 2007, la teoría del “factum principis” alude a la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación y debida a medidas administrativas generales que, aunque

no modifican directamente el objeto del contrato, ni lo pretenden, inciden sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste.

El Tribunal Supremo (STS de 25 de abril y de 20 de diciembre de 1986) considera necesario, para que se produzca el nacimiento del derecho indemnizatorio en estos casos, que: a) se traten de medidas imperativas y de obligado cumplimiento, b) que reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad y c) que produzcan un daño especial al contratista dando lugar a la citada compensación.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 18/2012 ha considerado que de su definición se desprende que el «factum principis» ha de ser imputable a la propia Administración contratante³.

2.3.2. Riesgo imprevisible.

Para analizar este concepto debemos partir del marco conceptual configurado por el Tribunal Supremo, en sentencias como la de 20 de julio de 2016, donde se concretan los supuestos necesarios para que proceda el reequilibrio financiero del contrato mediante una indemnización compensatoria. El Tribunal considera que, en aplicación del principio de riesgo y ventura, no basta con que la economía del contrato haya resultado alterada, sino que resulta preciso que la causa de esa alteración haya sido el "factum principis" o el ejercicio del "ius variandi", si se refiere a actuaciones imputables a la Administración, o la concurrencia de circunstancias calificables de "hecho imprevisible".

El referido tribunal, esta vez en su sentencia de 18 de abril de 2008, alude a la doctrina del riesgo imprevisible. La citada sentencia manifestó que la aplicación de esta doctrina, si la enlazamos con la cláusula «*rebus sic stantibus*», exige que,

“como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse”.

La Sentencia de 25 de abril de 2008 alude, a su vez, al concepto de imprevisibilidad y señala que la misma concierne a

³ No obstante, existen pronunciamientos que entienden que esta exigencia debe ser flexibilizada incluyendo en el concepto de Administración a cualquier Administración Pública, fuera o no la contratante (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 2 de octubre de 2006).

“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.”

La determinación de las consecuencias jurídicas de un cambio de las circunstancias del contrato exige, según el Alto Tribunal, aplicar los principios de equidad del artículo 3.2 Código Civil y de buena fe del artículo 7.1, 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.

En definitiva, el Tribunal Supremo (sentencia de 9 de mayo de 2015), ha considerado que la aplicación de la cláusula *«rebus sic stantibus»* exige que: a) nos encontremos ante una alteración extraordinaria, b) de una proporción exorbitante, fuera de todo cálculo y c) que se produzca por circunstancias radicalmente imprevisibles.

Así, en la referida Sentencia se indica que:

“(...) los hechos imprevisibles operan cuando está en juego la continuidad del servicio y que, de no ser así, el que rige es el principio de riesgo y ventura para el contratista; y añade que esta es la razón por la que la jurisprudencia, en orden las pérdidas del contratista, suele acudir a la doctrina de la contratación privada inherente a la cláusula rebús sic stantibus”.

Esta cláusula se convierte en un instrumento para decidir la procedencia o no de reequilibrar las prestaciones, resultando procedente cuando se trate de:

“a) una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración, b) una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones y c) que todo ello acontezca con la sobrevenida de circunstancias radicalmente imprevisibles”.

(...) Ahora bien, de conformidad con lo expuesto con anterioridad, la prosperabilidad de la pretensión de la entidad recurrente está condicionada a que acredite que ha existido un evento o eventos extraordinarios e imprevisibles posteriores a la celebración del contrato, que han roto efectivamente el equilibrio económico financiero, y que tiene derecho a ser indemnizado por ello en la forma que reclama, lo

que, como a continuación se pormenoriza, no se estima concurrente en el caso de autos”.

En la misma línea podemos traer a colación el dictamen 3/2016 de la CCCA de Andalucía, que concreta como requisitos a considerar para que concurra un riesgo imprevisible los siguientes:

“la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado ha configurado los siguientes requisitos necesarios para que pueda ser apreciada la concurrencia de riesgo imprevisible: (1) Una circunstancia o riesgo imprevista y razonablemente imprevisible en el momento de celebrar el contrato; (2) Que las circunstancias sobrevenidas generen la ruptura completa del equilibrio concesional o la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas; (3) Que la alteración del equilibrio contractual se haya producido con ausencia de culpa de las partes contratantes; y (4) Una insuficiencia de los mecanismos previstos en el contrato para la recuperación del mecanismo contractual”.

Aplicando la referida teoría a la situación provocada por las medidas adoptadas en relación al COVID-19, en aquellos casos en que las medidas no son directamente adoptadas por la entidad contratante, cabría reconocer la existencia de un riesgo imprevisible que motive el reequilibrio del contrato, dado que nos encontramos ante una circunstancia o riesgo imprevisto y razonablemente imprevisible en el momento de celebrar el contrato; siempre y cuando genere la ruptura completa del equilibrio económico o la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas y resulten insuficientes los mecanismos previstos en el contrato para la recuperación del equilibrio contractual, dada la ausencia de culpa de las partes contratantes.

3. Conclusiones.

A la vista de lo expuesto, la alteración de las condiciones de los contratos de obras, servicios o suministros que actualmente se encuentran en ejecución, como consecuencia de las medidas extraordinarias adoptadas por el coronavirus, podrían dar lugar a:

a. La suspensión del contrato. Cuando las medidas afecten a la ejecución del contrato haciéndolo innecesario, de forma parcial o total, y atendiendo a su duración, temporal o definitiva, el órgano de contratación podrá acordar la suspensión del contrato.

b. La **modificación del contrato**. Cuando las medidas adoptadas produzcan un cambio en las condiciones de la prestación, se podrá modificar el contrato en los supuestos y en los términos y límites dispuestos en el artículo 205 LCSP.

c. En el caso de que se produzca la **alteración indirecta de la prestación contratada**, sin mediar suspensión y sin que resulte procedente efectuar una modificación, se podrían considerar los siguientes supuestos:

c.1. Factum principis. Cuando se adopten por la entidad contratante medidas imperativas y de obligado cumplimiento, que reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan un daño especial al contratista.

c.2. Riesgo imprevisible. Cuando se produzca una circunstancia o riesgo imprevisto y razonablemente imprevisible en el momento de celebrar el contrato, que ha generado la ruptura completa del equilibrio económico o la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas y que resultan insuficientes los mecanismos previstos en el contrato para la recuperación del mecanismo contractual, dada la ausencia de culpa de las partes contratantes.

13 de marzo de 2020