

ALERTA LEGAL

15 DE MARZO DE 2020

COVID-19

POSIBLES INCIDENCIAS EN LA
LICITACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS
CONTRATOS DEL SECTOR PUBLICO



Declaración del Estado de Alarma y objeto de la Alerta Legal

El pasado 30 de enero, la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró que el COVID-19 suponía una emergencia de salud pública de importancia internacional. Desde entonces, las Administraciones han ido acordando sucesivas medidas tendentes a frenar la propagación del virus.

Éstas han ido aumentando y se han agravado a partir de que el Director General de la OMS, en rueda de prensa celebrada el 11 de marzo de 2020, declarase que la situación provocada por el COVID-19 podía calificarse como pandemia.

En este contexto, las Comunidades Autónomas han acordado, entre otras medidas, cierres de establecimientos, suspensión de actividades, y han recomendado la limitación del movimiento y reunión de la población.

En el ámbito de la Administración General del Estado, en 14 de marzo de 2020, el Consejo de Ministros ha aprobado el **Real Decreto 463/2020 por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19**, que conlleva, entre otras, medidas limitativas de la libertad de circulación, suspensión de actividades comerciales, de actividades recreativas, de ocio, hostelería, restauración, y reducción de servicios de transporte público o posibles requisas temporales y prestaciones personales obligatorias.

Esta situación tendrá una duración máxima de quince (15) días, si bien el **artículo sexto de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio**, habilita su prórroga por el Congreso de los Diputados, lo que no ha de descartarse en este caso.

A pesar de que, tanto este Real Decreto como las correspondientes normas autonómicas, contienen disposiciones que obligan a los empleadores públicos y privados a facilitar medidas que permitan la prestación laboral o funcional por medios no presenciales, se reconoce que ello no resulta posible en todos los casos.

Conscientes de que esta situación puede dificultar, y hasta imposibilitar, la ejecución de los contratos del sector público en los estrictos términos inicialmente pactados, **se hace recomendable identificar las disposiciones legales actualmente vigentes que permitirían a los contratistas y órganos de contratación coordinar el mejor cumplimiento de las medidas acordadas y sus obligaciones contractuales**, a fin de conciliar al máximo todos los intereses afectados por esta situación excepcional.

1. Incidencias en relación con la tramitación de licitaciones en curso.

La disposición adicional segunda y la tercera del real decreto estatal, **determinan la suspensión de los plazos procesales y administrativos**. En concreto, se suspenden términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público. **El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia del real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo**.

Ello determinaría igualmente la **interrupción de los plazos previstos en la legislación de contratos del sector público y la necesidad de reajustarlos en la plataforma de contratos**. Pudiera resultar conveniente, en este sentido, la aprobación de una resolución tipo o genérica de suspensión de todos los procedimientos en curso. **Se interrumpen, igualmente, los plazos para recursos especiales**

en materia de contratación y reclamaciones de sectores especiales, así como sus correspondientes incidentes y trámites.

No obstante lo anterior, el apartado tercero de la Disp. Ad. Tercera establece que el órgano competente pueda acordar, mediante resolución motivada, "las medidas de ordenación e instrucción estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del interesado en el procedimiento y siempre que éste manifieste su conformidad, o cuando el interesado manifieste su conformidad con que no se suspenda el plazo". Es decir, cabe tanto la realización de actos de instrucción necesarios con el consentimiento del interesado como incluso la no suspensión previa conformidad de éste.

Además, se añade que la referida disposición no afectará a los procedimientos y resoluciones, cuando estos vengan referidos a situaciones "estrechamente vinculadas" a los hechos justificativos del estado de alarma. Para estos expedientes de licitación, por tanto, se podrá declarar la no suspensión de plazos. Siendo, a su vez, posible aplicar las previsiones de contratación de emergencia.

De igual modo, hay que tener en consideración algunas previsiones específicas, como la contenida en el artículo 18 para los operadores críticos de servicios esenciales previstos en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de infraestructuras críticas, quienes adoptarán las medidas necesarias para asegurar la prestación de los servicios esenciales que les son propios.

Esta exigencia será igualmente adoptada por aquellas empresas y proveedores que, no teniendo la consideración de críticos, son esenciales para asegurar el abastecimiento de la población y los propios servicios esenciales.

2. Posibles incidencias en contratos en fase de ejecución o cumplimiento: coordinación de la relación contratista-órgano de contratación.

Sin perjuicio del estudio particular de cada caso concreto y de las previsiones contenidas en pliegos y documentos contractuales, así como -muy especialmente- de las medidas legales de extraordinaria y urgente necesidad que en lo sucesivo se vayan acordando, es preciso recordar algunas de las previsiones de la **Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público** (LCSP), a tener en consideración para el caso de que alguno de los contratos con entidades del sector público en fase de ejecución pudiera verse afectado por las medidas acordadas por las autoridades oficiales. A este respecto, resulta esencial considerar la naturaleza concreta de cada contrato:

A) Contratos administrativos.

El artículo 25 de la LCSP define como contratos administrativos, con carácter general, a los de obra, concesión de servicios, suministro y servicios, salvo algunos servicios financieros y suscripciones, siempre que se celebren por una Administración Pública.

A estos contratos les será aplicable íntegramente la LCSP.

(i) Suspensión de los contratos administrativos:

Respecto a estos contratos, el artículo 208 de este cuerpo normativo prevé la posibilidad de que la Administración contratante acuerde la suspensión de los contratos, para lo que, de oficio o a solicitud del contratista, habrá de extenderse un acta, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de la prestación contractual.

En nuestro caso, si bien pudiera entenderse que la suspensión deriva o se justifica de las propias medidas gubernativas (cierre de centros escolares, prohibición de actividades formativas presenciales, etc.), dada la singularidad de cada caso, parecería recomendable levantar acta de suspensión en el que se justifique la incidencia de lo

paralización del contrato y/o la imposibilidad transitoria de ejecutar total o parcialmente el contrato. Si caben vías alternativas que no impliquen la alteración del objeto, podrán encauzarse mediante la interpretación del responsable del contrato o, en su defecto, mediante la modificación (con las cautelas que referiremos).

El acuerdo de suspensión supondrá la obligación de la Administración contratante de abonar al contratista los siguientes daños y perjuicios sufridos por éste, salvo que el pliego establezca otra cosa y siempre que se acrediten fehacientemente los mismos:

- 1.º Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.
- 2.º 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.
- 3.º Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.
- 4.º 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.
- 5.º 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.
- 6.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato.

(ii) Modificación de contratos administrativos y ampliación de plazo de ejecución:

Si las medidas acordadas determinasen la **necesidad de modificar el objeto del contrato**, a salvo de las reformas normativas que en esta materia previsiblemente puedan acordarse, se estará al régimen general contenido en **artículo 205 de la LCSP** relativo a las **modificaciones no previstas en el PCAP: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales**, así como a las singularidades contenidas en la LCSP para cada tipo de contrato.

Dado que se suspenden los plazos administrativos, **las posibles incidencias que requieran de una modificación del objeto contractual, se habrán de articular como actos de instrucción necesarios** o en los supuestos que se permita continuar con la tramitación por contar con el consentimiento del interesado, y todo ello sin perjuicio del posible régimen particular de algunos tipos de contratos (los estrechamente relacionados con el estado de alarma o los servicios críticos y asimilables) o la posterior convalidación de actos si fuere posible.

Sin perjuicio de la posible consideración de suspensión de plazos del procedimiento, **el órgano de contratación también podrá acordar la ampliación de plazos de ejecución del contrato si fuere necesario y el correspondiente reajuste de anualidades.**

(iii) Resolución de contratos administrativos:

Por otra parte, el **artículo 211 de la LCSP** establece que son **causas de resolución** de este tipo de contratos, entre otras, **“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 de mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial de contrato, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido”**.

De producirse la resolución de los contratos por esta causa, que podrá acordarse de oficio por la Administración contratante o a instancias del contratista, **el artículo 212 de la LCSP establece que éste tendrá derecho a una indemnización del tres por ciento (3%) del importe de la prestación dejada de realizar**, salvo que rechazase una modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del artículo 205.

Para los **contratos de obras, servicios y suministros**, la LCSP establece causas adicionales de resolución, entre las que se encuentra el **desistimiento por la Administración una vez iniciada la prestación**, o la **suspensión del contrato por plazo superior a ocho meses acordada por el órgano de contratación**, salvo que en el pliego se señale otro menor en el caso del contrato de servicios.

En estos casos, el contratista **tendrá derecho a percibir el seis por ciento (6%) del precio de adjudicación del contrato de las prestaciones de ejecutar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido**, entendiéndose por tales los que resulten de la diferencia entre las reflejadas en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran prestado.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la LCSP contiene **particularidades relativas a determinados contratos**, como los de servicios **que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía**.

En estos casos, el **artículo 312 de la LCSP**, en conjunción con su artículo 294, permite la **supresión del servicio, y consecuente resolución del contrato, por razones de interés público**. Aquí, el contratista tendría derecho a ser indemnizado según las normas generales; esto es, con el tres por ciento (3%) del importe de la prestación dejada de realizar. Ello, sin perjuicio del abono de los estudios, informes, proyectos, trabajos o servicios que efectivamente hubiese realizado con arreglo al contrato y que hubiesen sido recibidos por la Administración.

En lo que respecta a los **contratos de concesión de obras y concesión de servicios, los artículos 279 y 294 de la LCSP establecen otras causas específicas de resolución que incluyen, entre otras, la supresión de su objeto por razones de interés público, en cuyo caso, indemnizará al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen**.

Sin perjuicio de todo lo anterior, no debe obviarse que, si bien respecto de los contratos de servicios y los de concesión de servicios, cuando conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, **el órgano de contratación conservará los poderes de policía necesarios para asegurar su buena marcha**, lo cierto es que esta prerrogativa pudiera verse extendida a todo tipo de contratos tras la aprobación del real decreto por el que se declara el estado de alarma, en cuanto permite al Gobierno de España, como autoridad competente, la imposición de prestaciones personales obligatorias.

B) Contratos privados.

Son contratos privados:

(i) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en el artículo 25 de la LCSP.

Estos contratos, cuando tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6, así como la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, les serán de aplicación las previsiones señaladas en relación con la modificación y resolución de los contratos administrativos, pero solo cuando estén sujetos a regulación armonizada.

Las demás cuestiones relativas a los contratos anteriores, como su suspensión, se rigen por el derecho privado.

El resto de contratos privados de las Administraciones Públicas, en todo lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, se rigen por el derecho privado.

(ii) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas (PANAP).

A estos contratos les son aplicables las previsiones señaladas para los contratos administrativos, relativas a su modificación, y a la causa de resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205, con la consecuente indemnización del tres por ciento (3%) del importe de la prestación dejada de realizar.

El resto de cuestiones relativas a sus efectos y extinción, se rigen por el derecho privado.

(iii) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

Estos contratos, en todo lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, se rigen por el derecho privado.

Por tanto, las cuestiones relativas a la ejecución de estos contratos que se rigen por el derecho privado quedarán sometidas a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, y -más concretamente- a lo que en cada caso se haya establecido en el PCAP y PPI. Salvo, para alguno de estos contratos (los celebrados por los PANAP y alguno de los celebrados por las AA.PP.), en lo relativo a su modificación y a la causa de resolución del contrato por imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, en cuyo caso se habrá de seguir la tramitación oportuna (con las ya repetidas observaciones en torno al procedimiento a seguir).

Al igual que razonábamos para los contratos administrativos, si la ejecución de estos contratos se viera dificultada o incluso imposibilitada, parecería razonable levantar acta en la que se hagan constar las circunstancias concurrentes y sus efectos.

En general advertimos, tanto para los contratos administrativos como los privados, de la importancia que puede jugar en las próximas semanas la figura del responsable del contrato, al que le corresponde la facultad de interpretar y resolver las dudas que surjan con los contratistas e instar los acuerdos necesarios del órgano de contratación. La situación de emergencia nacional requerirá de comprensión mutua, máxima colaboración y solidaridad colectiva.

Esperando que el contenido de la presente alerta legal sea de interés social, sin perjuicio de las circunstancias de cada caso concreto, de los criterios que puedan sentarse por parte de los órganos consultivos y de las próximas modificaciones normativas urgentes, quedamos a su disposición para comentar o aclarar el contenido expuesto.

Un cordial saludo.

SdP Estudio Legal
Plaza Nueva 8B, 3ª Planta, C.P. 41001, Sevilla