

ALERTA LEGAL

25 DE MARZO DE 2020

COVID-19

PROBLEMAS ESPECÍFICOS EN
LOS CONTRATOS DEL SECTOR
PÚBLICO (**3ª parte**)



Declaración del Estado de Alarma y objeto de la Alerta Legal:

Los días 15 y 18 de marzo desde SdP emitíamos sendas alertas legales en la que analizábamos las posibles repercusiones que, tanto en la fase de licitación como de ejecución de los contratos, pudieran implicar las medidas acordadas por las diferentes autoridades gubernativas y, en particular, las restricciones derivadas de la aprobación del **Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19**.

La evolución de los acontecimientos está determinando la proliferación tanto de disposiciones normativas de extraordinaria y urgente necesidad como de criterios interpretativos de diferentes órganos consultivos, que las han venido intentando aclarar.

Ante la heterogeneidad de criterios y la situación de inseguridad jurídica, resulta conveniente, en consecuencia, realizar una síntesis de los principales pronunciamientos, de forma que pueda darse respuesta a algunas de las preguntas prácticas que se formulan tanto los órganos de contratación como los propios contratistas.

Es previsible, en cualquier caso, que los próximos días puedan aprobarse nuevas medidas legales que aclaren o rectifiquen las disposiciones actualmente vigentes.

1. Dudas sobre la suspensión de los contratos a causa del COVID-19.

El **artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020** establece un régimen excepcional y temporal en relación con los efectos de la suspensión de los contratos de servicios y suministros de tracto sucesivo o prestación periódica y contratos de obras que se vean afectados a causa del COVID-19 o de las medidas acordadas para su mitigación. Se trata de un régimen singular que desplaza el general contenido en la LCSP y que prevalece ante lo que se hubiera podido establecer en los respectivos PCAP. Este régimen de suspensión está planteando múltiples dudas interpretativas e incidencias en la práctica, debiendo tenerse en cuenta en todo caso que, de conformidad con el **artículo 4.2 del C.C.**, las leyes excepcionales y de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los expresamente comprendidos en ellas.

- (i) Ámbito de aplicación: afecta a la ejecución tanto de contratos administrativos, como privados, utilizándose en sentido amplio la expresión de "contratos públicos". En efecto, según el criterio de la Abogacía del Estado, las medidas singulares acordadas durante la suspensión afectan todos los procedimientos que tramiten las entidades del sector público, y ello sin distinción de sujetos ni de procedimientos, incluyéndose a la AGE, las CA.AA., las Corporaciones Locales y su sector Institucional.

A los contratos patrimoniales, a los encargos a medios propios o a los convenios de colaboración no parecen aplicables las reglas del art. 34, sin perjuicio de la posible aplicación de la suspensión general de términos y plazos.

- (ii) Presupuesto de hecho determinante: como punto de partida se ha de tener en cuenta que la regla general es que la ejecución de los contratos no se ha suspendido. Así, los contratos ya iniciados, en principio, han de continuar, en todo

o en parte, salvo que no resulte posible por causa del propio COVID (imposibilidad de adoptar medidas de prevención de la salud de trabajadores o usuarios) o por las medidas gubernativas acordadas para combatirlo (clausura de locales, prohibición de actividades, confinamiento de poblaciones, etc.). Se requiere, por tanto, que concurra una causa legal o imposibilidad material de continuar sin que resulte viable la adaptación de la prestación a las medidas gubernativas acordadas. Determinados contratos¹ seguirán en todo caso y también continuarán sus contratos asociados o complementarios, como pudieran ser las prestaciones de coordinación de seguridad y salud o la dirección de obra.

Si el contrato va a devenir inviable de forma inexorable una vez se restablezca la normalidad, parecería recomendable proceder directamente a su resolución por causa no imputable al contratista. Es posible, igualmente, que el contrato quede en suspenso, pero que no sea hasta su alzamiento cuando se evidencie su inviabilidad (vgr. contrato de comedor escolar si el periodo lectivo ha concluido), en cuyo instante habría de procederse a su resolución. Dado que la norma no resuelve la posible continuación parcial del contrato, en tal caso podría plantearse bien la suspensión de parte de las prestaciones, bien la modificación del contrato.

Como señala la Resolución de la Consejería de Presidencia de la Xunta de Galicia de 20 de marzo de 2020, para los contratos de obras que continúen -razonamientos que son aplicables al resto de contratos- deberán ser los propios servicios de prevención (por cuenta propia o ajena) de cada una de las empresas los que determinen las medidas de protección que se implementarán entre los trabajadores atendiendo para ello a las indicaciones que se realicen desde los organismos competentes en salud pública. Si no es posible adoptar un proceso constructivo, o de otro tipo de prestaciones, con las adecuadas garantías de seguridad y compatible con las medidas de prevención habría que determinar la suspensión temporal total de la obra o actividad.

En el caso de suspensión de obras, servicios o suministros, se adoptarán las medidas necesarias para el aseguramiento físico de la parte ya realizada, de modo que no haya riesgos para terceros y para la propia obra, equipos o suministros.

Por otro lado, para los contratos que no se suspendan también se ha de tener en cuenta que mediante Resolución de 20 de marzo de 2020, de la IGAE, se autoriza a que los actos de recepción correspondientes a las entregas que se produzcan durante el periodo de duración del estado de alarma se puedan realizar sin la asistencia de los representantes designados por la Intervención General, ello sin perjuicio de la posible aplicación del régimen de control financiero permanente en sustitución de la función interventora.

- (iii) Órgano competente para acordar la suspensión: aunque pudiera pensarse que la suspensión es automática, el órgano de contratación es el único competente para acordar expresamente la suspensión y sus efectos (Informe de la Abogacía del Estado de 19 de marzo de 2020). Eso sí, si se cumplen los requisitos de fondo y procedimentales, los efectos se habrán de considerar desde el momento que se produzca la situación que de hecho impide la prestación. Y aunque la suspensión se produce por ministerio de la ley, la previsión legal es que el contratista sea quien solicite la suspensión como presupuesto para la posterior reclamación, que deberá ser resuelta en el plazo de 5 días naturales. La no contestación de la solicitud tendrá efectos desestimatorios, sin perjuicio de su posible reiteración o de los recursos o reclamaciones futuras que procedan.

¹ Los de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria; los de seguridad, limpieza y mantenimiento informático si son necesarios (si los edificios administrativos están cerrados se le aplicará el régimen de suspensión); o contratos de servicios o suministros para garantizar la movilidad y seguridad de infraestructura o servicios de transporte.

No obstante lo anterior, nada impide, como está ocurriendo en la realidad, que algunos órganos de contratación acuerden la suspensión de oficio. En tal caso y en base a la doctrina de la buena fe y los propios actos, no parecería razonable que, de forma añadida, el contratista haya de instar la suspensión ya acordada - con el riesgo de que no se conteste su solicitud en 5 días-. En cualquier caso, para evitar cualquier duda, sería recomendable que de la resolución de suspensión acordada de oficio se diese traslado al contratista, a fin de que presente la instancia en la que exprese los elementos personales y materiales afectados y demás aspectos necesarios para la ulterior reclamación.

De igual modo, el responsable del contrato, si aprecia que concurren circunstancias que imposibiliten la realización de la prestación, deberá ponerlas de relieve al órgano de contratación y al propio contratista, para que se solicite y acuerde la suspensión, con los efectos que procedan.

- (iv) Sobre la posible acta de suspensión: aunque el acta no resulta necesaria para que opere la suspensión, no se prohíbe que la misma se emita e incluso parecería aconsejable, en la medida en que sigue aplicándose el apartado primero del art. 208.1 LCSP; y ello a fin de que pueda dejarse constancia, entre otros extremos, del estado en que se encuentra el contrato, de la concreta causa determinante de la imposibilidad de ejecutarlo y de los medios personales y materiales afectados.
- (v) Plazo de suspensión: la suspensión y sus especiales efectos se mantendrán hasta el cese del hecho determinante de la misma y la notificación de su alzamiento al contratista. Se ha de tener en cuenta que la Abogacía General del Estado (nota sobre la aplicación de la ampliación de plazo o prórroga previstas en el artículo 34.2 del Real Decreto-ley 8/2020 a los contratos menores) ha considerado aplicable la posibilidad de suspensión, sin limitación temporal alguna, a los contratos menores.
- (vi) Procedimiento de reclamación: una vez sea notificada el alzamiento de la suspensión, el contratista podrá reclamar los daños que, respecto de las partidas que determina el R.D. Ley, fehacientemente acredite. No se establece ni plazo, ni procedimiento específico de reclamación, por lo que parece que habrá de seguirse el procedimiento general del artículo 208 LCSP (plazo de un año desde la notificación del levantamiento).
- (vii) Conceptos indemnizables: sólo los que establece expresamente la norma (distintos a los del artículo 208.2 LCSP). A criterio de la Abogacía del Estado (Informe de 23 de marzo de 2020) no procede indemnizar al contratista por los costes salariales soportados por el subcontratista.

Si bien el R.D. Ley considera el listado de conceptos o partidas indemnizables como *numerus clausus*, no puede desecharse absolutamente que en futuro los órganos jurisdiccionales, singularmente los del orden civil, puedan -en base al principio de *restitutio in integrum*- apreciar como resarcibles otros gastos o daños efectivamente padecidos durante este periodo y que sean demostrables.

2. Dudas sobre la posible ampliación del plazo de ejecución (contratos de resultado).

Los contratos de obras, servicios y suministros de resultado (vgr. entregar material de oficina o un informe de consultoría), en principio continuarán con normalidad y según los plazos establecidos en los pliegos o documentación contractual.

Ahora bien, para los contratos de servicios y suministros de resultado que no hayan perdido su finalidad (en cuyo caso procede su resolución por causa no imputable al contratista), al igual que para los contratos de obras (cuyo programa o plan de obra estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo y durante el período que dure el estado de alarma), cuando el contratista incurra o previsiblemente vaya a incurrir en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato -plazo total o plazos parciales que presumiblemente determinen el incumplimiento del total- como consecuencia del COVID-19 o las medidas gubernativas adoptadas para combatirlo, el órgano de contratación concederá al contratista, previo informe favorable del responsable del contrato, la ampliación del plazo de ejecución. Una vez restablecida la normalidad o delimitados los daños, el contratista podrá reclamar el abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato.

En estos casos, siempre se requerirá la solicitud de ampliación por parte del contratista, su compromiso de cumplir en el nuevo cronograma propuesto y la resolución expresa del órgano de contratación. No obstante, si el responsable del contrato detectase el previsible incumplimiento del plazo por parte del contratista, sería recomendable que también le informase de los derechos que le asisten.

Como puede apreciarse y a pesar de las dudas surgidas, para el caso de los contratos de obras caben dos posibilidades: (i) la suspensión total o parcial del contrato (plazo de duración) si no pudiese desarrollarse la obra y (ii) la ampliación del plazo de ejecución o finalización de la obra si la fecha de terminación estuviera prevista durante el estado de alarma, con consecuencias diferentes en uno y otro caso.

3. Dudas sobre las licitaciones en curso o próximas a iniciarse.

El **R.D. 463/2020**, contempla en la **D. Ad. Tercera** la suspensión generalizada de términos e interrupción de plazos para la tramitación de procedimientos con algunas excepciones (esta norma fue modificada por el R.D. 465/2020). De esta forma y en relación con las tramitación e impulso de licitaciones, se plantean las siguientes dudas:

- a) ¿Se pueden continuar con las licitaciones en curso?: como se ha expresado, la regla general es la suspensión automática de todos los procedimientos de las entidades del sector público (con exclusión expresa de determinados procedimientos), extendiéndose, por tanto, su aplicación a las licitaciones que se encuentren en curso.

Ante esta previsión de suspensión general, algunas administraciones han dictado instrucciones interpretativas del modo de proceder en el seno de estas licitaciones, según el estado en el que las mismas se encuentren. En este sentido, merece ser citada la Circular 1/2020, de 16 de marzo, de la Dirección de Patrimonio y Contratación del Gobierno Vasco y cuyas recomendaciones más destacadas son:

1. Los actos preparatorios de los expedientes de contratación (preparación de pliegos, informes justificativos, etc.) se podrán seguir tramitando con normalidad.
2. Una vez que se haya avanzado hasta la fase de publicación o licitación, el órgano de contratación sopesará si publicar o no la convocatoria o licitación del contrato.

En caso de optar por su publicación, los plazos de presentación de ofertas se entenderán automáticamente suspendidos, por lo que habrá que hacer la advertencia de que los plazos señalados en los pliegos y/o anuncios de

licitación no comenzarán a contarse hasta el momento en el que se levante la suspensión obrada por la declaración del estado de alarma.

3. En aquellos expedientes que se encuentren en fase de presentación de ofertas, proposiciones o candidaturas, los plazos establecidos quedarán suspendidos, reanudándose al día siguiente a aquél en que finalice el estado de alarma.
4. En aquellos expedientes que se encuentren en fase de presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos a la licitación, así como a la formalización del contrato, se entenderán igualmente suspendidos los plazos para estas actuaciones administrativas. No obstante, en el caso en el que las empresas adjudicatarias manifestasen su conformidad, se podrá continuar con la tramitación del expediente de contratación. A nuestro juicio, esta misma previsión -continuación con la conformidad de los interesados- también podría aplicarse a los procedimientos en los que ya ha concluido la fase de admisión de las ofertas, en la medida en que todos los interesados están identificados y pueden prestar igualmente su conformidad expresa.

Al respecto de la realización de anuncios y/o advertencias a los interesados sobre la suspensión de plazos, la Subdirección General de Coordinación de la Contratación Electrónica, responsable de la PLACSP, ha aprobado recomendaciones a realizar por los órganos de contratación, entre las que destacan:

- (i) En procedimientos de contratos NO SARA iniciados por convocatoria: La rectificación o anulación de sus anuncios de licitación en dicha plataforma, e información a los interesados y en el perfil del contratante sobre la suspensión de plazos.
- (ii) En procedimientos de contratos iniciados por invitación: El envío de nueva invitación para licitar, con información sobre la suspensión de plazos - cumplimentando en el sistema informático una fecha final de presentación de ofertas próxima a expirar para inhabilitar la Herramienta de presentación de ofertas de la PLACSP-, en caso de que aún se encontrase vigente ese plazo. Y en caso contrario, de acordarse la suspensión de las sesiones de órgano de asistencia, enviar a todo interesado en el procedimiento información sobre la suspensión de plazo.
- (iii) En procedimientos de licitación de contratos SARA: será necesario en todo caso anular el anuncio de licitación.

Además de lo indicado anteriormente, en el caso de licitaciones sujetas a publicidad en diarios oficiales (BOE, DOUE), ya sea si se ha rectificado el anuncio o se ha procedido a su anulación, deberá procederse a la publicación de lo correspondiente en los mismos.

En lo que respecta a la reanudación de los plazos suspendidos una vez se verifique el cese del estado de alarma, la Abogacía General del Estado ha considerado que aquéllos se reanudarán por el período que restare desde la declaración del estado de alarma, sin que en ningún caso vuelvan a empezar desde cero. Es decir, se "reanudan" pero no se "reinician", lo que constituye una opinión que, además de por su carácter autorizado, resulta recomendable asumir por los licitadores siguiendo un criterio de prudencia.

Sin perjuicio de todo lo anterior, no debe obviarse que la propia norma analizada, en su apartado 4, habilita a los órganos de contratación para inaplicar la regla

general de suspensión automática en cuatro supuestos, siempre mediante resolución motivada:

- (i) Cuando el órgano de contratación identificara que los derechos e intereses del interesado en el procedimiento pueden verse gravemente perjudicados por la suspensión, podrá realizar los actos de ordenación e instrucción estrictamente necesarias, debiendo pedir conformidad a aquél.
 - (ii) Cuando, aunque no existiera ese riesgo para los intereses del interesado, este manifestase su conformidad con la continuación del procedimiento.
 - (iii) Cuando la licitación tuviese por objeto una prestación destinada a hacer frente al COVID-19, en cuyo caso se acudirá al expediente de contratación de emergencia, como así se ha decretado, para el ámbito de la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público, a través del Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo.
 - (iv) Cuando la licitación tuviese por objeto una prestación indispensable para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios (por ejemplo, los contratos indispensables para asegurar el normal funcionamiento en los sectores del agua, las telecomunicaciones o la energía).
- b) ¿Se pueden iniciar nuevas licitaciones?: la norma no impide expresamente la iniciación de nuevos procedimientos, entre ellos licitaciones, si bien la medida de "suspensión" de términos e "interrupción" de plazos establecida en su apartado 1 supondrá que los mismos no podrán tramitarse materialmente en tanto continúe la declaración de estado de alarma, salvo que, por resolución motivada, el órgano de contratación acordase su continuación sobre la base de alguno de los cuatro supuestos antes señalados. En cuyo caso, además, se podrá utilizar la contratación de emergencia.

A este respecto, en relación con el supuesto de no suspensión por tener la licitación como objeto una prestación indispensable para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios, como la JCCE ha recordado, la satisfacción de las necesidades de interés público más esenciales es un elemento consustancial a los contratos públicos, lo que permite mantener un criterio favorable a la iniciación de nuevas licitaciones respecto de las que sea justificable su verdadera necesidad para satisfacer este tipo de intereses de forma inaplazable.

- c) ¿Se pueden prorrogar los contratos más allá del plazo máximo al amparo del artículo 29.4 LCSP, si aún no he iniciado una nueva licitación?: el artículo 34.1 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, establece que los contratos públicos de servicios y suministros de prestación sucesiva, afectados por las medidas derivadas de la declaración de estado de alarma, cuando a su vencimiento no se hubiera podido formalizar nuevo contrato como consecuencia de la suspensión de procedimientos antes analizada, podrá prorrogarse según lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la LCSP, es decir, hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de 9 meses, "*con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo*" contrato. Esta última referencia se ha de relacionar con la condición general del art. 29.4 LCSP de que el anuncio de licitación se haya publicado 3 meses antes de la finalización del contrato originario.

Dado que el precepto hace alusión como causa justificativa de esta suspensión a la paralización de los procedimientos y que las normas excepcionales no pueden aplicarse a supuestos no contemplados en ellas, no parecería que puedan acogerse a esta posibilidad los contratos cuya licitación -por falta de previsión- ni siquiera se haya publicado a la fecha de inicio del estado de alarma. Con la redacción actual y salvo posible modificación futura, no parece tampoco que sea posible extender esta previsión a contratos cuya fase de ejecución no se rija por la LCSP (vid. Informe de la JCCE de 10 de diciembre de 2018). Y estas dos cuestiones, dada su vidriosidad, sin perjuicio de que puedan admitirse otras interpretaciones más "posibilistas" y condicionadas a las circunstancias concretas del caso.

4. Dudas sobre los recursos especiales en materia de contratación.

En base a la normativa expuesta, quedan suspendidos durante la vigencia del estado de alarma, los plazos para la interposición del recurso especial en materia de contratación de la LCSP y reclamaciones de los sectores especiales. Con ello, se suspenden, igualmente, la tramitación de los recursos especiales y de las reclamaciones que se hayan interpuesto, cuyos plazos se reiniciarán a la finalización del estado de alarma.

Ello no obstante, algunos Tribunales (vid. el TARCCyL) han acordado de manera muy acertada que dictarán resolución sobre los recursos especiales y reclamaciones cuya tramitación hubiera concluido y únicamente estuvieran pendiente de resolución. De esta forma, se desatascarán los expedientes pendientes y se estará en condiciones de afrontar con mayor agilidad la situación post-Covid.

Seguimos insistiendo que, en estos momentos de incertidumbre, la figura **del responsable del contrato** juega un papel fundamental, siendo más necesario que nunca la **adecuada documentación de todas las incidencias** que surjan en la ejecución del contrato.

Esperando que el contenido de la presente alerta legal sea de interés. 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