

**LA CRISIS SANITARIA COVID-19. REFLEXIONES SOBRE SU INCIDENCIA
EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y LAS SOLUCIONES ADOPTADAS.
(Jornada 22 de abril de 2020)**

**Organizan: Regulation and Digital Innovation Research Group UV y
Observatorio 155.**

José María Gimeno Feliu. Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Zaragoza (gimenof@unizar.es)
orcid.org/0000-0001-6760-9222

WoS Researcher ID: AAA-4228-2019

Introducción.- La extensión del virus denominado COVID 19 ha justificado, por su propagación mundial, la declaración de pandemia global, tal como ha sido calificada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. La situación de alerta sanitaria de máximo nivel derivada de esta pandemia global ha justificado, *ex artículo 116 CE*, la declaración del estado de alarma, acordada mediante el 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, en adelante RDEA), obligando, entre otras importantes medidas, a limitación máxima de actividad presencial, lo que ha impactado sobre la ejecución práctica de los contratos públicos vigentes¹.

Con anterioridad, al declarar la emergencia sanitaria, el Gobierno aprobó también medidas con la finalidad de alinear la contratación pública a la situación de emergencia (Real Decreto Ley 7/2020)². Medidas complementadas por el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo, modificado por Real Decreto Ley 10/2020)³. Como se ve, un “paquete jurídico” de medidas excepcionales ante una situación excepcional, que pretende, desde el Derecho, alinear un “escudo sanitario, económico y social” eficaz contra el impacto del COVID-19. Aunque alguna de las decisiones adoptadas no parecen estar alineadas con este fin de combatir la pandemia⁴.

¹ La OIRESCON ha elaborado una compilación de toda la actividad normativa y administrativa adoptada: https://www.hacienda.gob.es/es-ES/RSC/Documents/13-04_OIRESCON_COVID-19.pdf

² Como muy gráficamente explica C. AMOEDO SOUTO, de un primer momento del *wait and see* al posterior de *fast and the furious*. “Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria”, Revista El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho, núms. 86-87, marzo-abril 2020, p. 66 (número especial de El Cronista sobre el coronavirus).

³ Frente a precedentes anteriores, de uso indebido de la técnica del Decreto Ley, en este supuesto resulta indiscutible que concurren las circunstancias del artículo 86 CE. Ninguna duda ofrece que la situación que afronta nuestro país por la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional (que ya justificado incluso la declaración de estado de alarma), generan la concurrencia de motivos que justifican la extraordinaria y urgente necesidad de adoptar diversas medidas. En el actual escenario de contención y prevención del COVID-19 es urgente y necesario atajar la epidemia y evitar su propagación para proteger la salud pública a la vez que se adoptan medidas de contenido económico para afrontar sus consecuencias.

⁴ Así, el Real Decreto Ley 11/2020 ha introducido la Disposición Adicional quincuagésimo quinta a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, mediante la que extiende la consideración de medio propio de HUNOSA y FNMT a todas las Administraciones públicas siempre que

La repercusión jurídica en la contratación pública y en los contratos públicos como consecuencia de la emergencia sanitaria puede agruparse en relación a los siguientes aspectos⁵:

1.- La crisis COVID 19 como supuesto de fuerza mayor.

La fuerza mayor se ha venido definiendo en el derecho privado en relación a los efectos de las obligaciones, configurándolo como causa impeditiva del cumplimiento de una obligación y que es una causa ajena a la voluntad y a la previsión del obligado, razón por la que la ley le exonera de responsabilidad por el incumplimiento derivado de la causa de fuerza mayor.

En relación a esto, el artículo 1105 del Código civil indica lo siguiente:

“Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.”.

Este precepto configura al concepto de la fuerza mayor como un suceso imprevisible y en su caso inevitable. El Tribunal Supremo ha concretado que para que se den estos supuestos ha de tratarse de circunstancias que fueran totalmente imprevisibles en el momento de la contratación y que impidan por sí mismas la prestación y que como remedio excepcional se interpreta de manera muy restrictiva. También dice el TS que esta excepción tiene como fundamento la buena fe en el ámbito contractual, que se consagra en los artículos 7 y 1258 Código Civil. En consecuencia, el concepto de fuerza mayor despliega sus consecuencias principales en el ámbito del cumplimiento del contrato, siendo una derivada de él la responsabilidad por el incumplimiento, es decir si se responde por los daños y perjuicios que causa el incumpliendo de la obligación, o de las prestaciones del contrato. Como señala la STS 413/2016 *“para apreciar la imposibilidad de cumplimiento que libera al deudor, la jurisprudencia exige que éste observe la debida diligencia haciendo todo lo posible para vencer la imposibilidad”*.

La LCSP, tanto la actual como las predecesoras, han regulado la fuerza mayor como elemento de exoneración del cumplimiento, de una forma muy parcial y limitada, previendo un efecto indemnizatorio por los daños que se sufran por el contratista por causa de fuerza mayor durante la ejecución del contrato de obras, no contemplando la opción de cómo incide en las obligaciones de un poder adjudicador.

Así el vigente artículo 239 de la LCSP, dispone:

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

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

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*

se cumplan los requisitos del artículo 32 LCSP. Esta previsión, innecesaria dentro de los fines del Real Decreto-ley, en nuestra opinión, plantea (aunque exige el cumplimiento de los requisitos del artículo 32 LCSP) evidente problemas de compatibilidad con el derecho europeo de la contratación pública y la jurisprudencia del TJUE.

⁵ Desarrollo las ideas de mi “La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública”, Revista El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 42- 53. ([número especial de El Cronista sobre el coronavirus](#)).

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

Esta regulación -con la misma solución para la concesión de obras en el artículo 254, y para la concesión de servicios en el artículo 290.4 LCSP- encuentra su justificación en el conocido principio de riesgo y ventura, como una excepción a que sea el contratista quien deba soportar los efectos de la concurrencia de un suceso de fuerza mayor, a efectos de mantener la equivalencia de lo pactado.

Hay que advertir que, en los contratos de servicios (al igual que en los de suministro), no existe expresamente excepción al principio de riesgo y ventura como la establecida para los contratos de obras, pues no se trata de reparar los destrozos causados por un fenómeno de la naturaleza o un suceso humano extraordinario que se definen como fuerza mayor. Ahora bien, no es menos cierto que el análisis jurídico de la cuestión ha de desvincularse de dicho principio del riesgo y ventura para centrarse en el hecho cierto de la existencia de una causa que imposibilita el cumplimiento del contrato, pues es esta su consecuencia primera y general a todo tipo de contratos.

Por ello, esta situación de fuerza mayor, de forma analógica, puede ser de aplicación también para los casos en los contratos de servicios o de suministros de tracto sucesivo cuando impacta sobre la actividad o necesidad del propio contrato.

2.- La habilitación a la tramitación de emergencia de contratos públicos esenciales.

La situación de pandemia ha exigido una respuesta rápida contractual lo que ha aconsejado a reducir la carga burocrática de los procedimientos de compra pública⁶. El artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, relativo a la contratación pública que los contratos que hayan de celebrarse por la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-19, les resultará de aplicación la tramitación de emergencia regulada en el artículo 120 LCSP⁷. La contratación de emergencia podrá ser verbal (artículo 37.1 LCSP) y no necesitará de formalización⁸.

⁶ Aunque habrá que analizar también las causas de la insuficiencia de respuesta rápida. Parece obvio que no se planificó/anticipo de forma adecuada. Pero también que no se han implantado mecanismos ágiles de contratación pública, como los catálogos electrónicos (cuyas virtudes ha explicado bien I. GALLEGU CÓRCOLES, “Contratación pública y catálogos electrónicos: una oportunidad para la innovación”, en Fernández Salmerón y Martínez Gutiérrez (dir.), *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 135-164) o de centrales de compras sanitarias profesionalizadas.

⁷ Hay que recordar que la doctrina ha indicado que únicamente se podrá acudir al procedimiento de emergencia cuando la causa no sea imputable al propio órgano de contratación, es decir, que la situación de emergencia no hubiera podido ser evitada por el órgano de contratación mediante una actuación diligente (Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 102/2017). Obviamente concurre esta circunstancia. Sobre la regulación de emergencia COVID-19 puede verse X. LAZO VITORIA, “[Contratación pública de emergencia COVID-19](#)”, y A. GARCIA GOMEZ, “[La contratación pública en los tiempos del coronavirus](#)”, publicadas en www.obcp.es.

⁸ El artículo 120 LCSP previene que el plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo (si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario) y que las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que

Interesa destacar el ámbito objetivo -las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-, que aunque amplio, no permite la aplicación de este preceptos a cualquier licitación pública⁹. Por ello el expediente deberá acreditar la existencia de este presupuesto habilitante¹⁰. Esta previsión, lógicamente, no debe impedir la tramitación ordinaria de otras necesidades siempre que sea posible, y habría que facilitar una interpretación que permita una gestión administrativa ordinaria aun en este escenario de crisis¹¹. Máxime si se utilizan e impulsan medios telemáticos.

Por otra parte, en estos casos de emergencia, si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, no será de aplicación lo dispuesto respecto a las garantías en LCSP, siendo el órgano de contratación quien determinará tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías. De la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente.

El libramiento de los fondos necesarios para hacer frente a los gastos que genere la adopción de medidas para la protección de la salud de las personas frente al COVID-19 se realizarán a justificar¹².

Hay que recordar que esta declaración de emergencia permite también la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados ex artículo 30 LCSP, a la vez que facilita la subcontratación, en lo relativo a la acreditación de la solvencia, ex artículo 215.2 LCSP.

La finalidad lógica de esta previsión es decantar la rapidez de respuesta jurídica frente a la aplicación de los principios de contratación pública, cuestión admitida por el Derecho europeo de la contratación pública (regla extendida a todas

no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.

⁹ A efectos de verificar la debida adecuación a los presupuestos previstos en la norma, resulta de interés, en tanto contiene toda la doctrina previa del órgano consultivo, el [Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado núm. 17/2019](#), dictada con ocasión de los procedimientos de emergencia tramitados para el desarrollo del proceso electoral de 2019.

¹⁰ El Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de enero de 1987, señaló que “no basta la existencia de un acontecimiento de excepcional importancia del que dimana la situación que las medidas en cuestión afrontan, sino que lo que ampara la normativa de emergencia es una actuación administrativa inmediata, absolutamente necesaria para evitar o remediar en lo posible las consecuencias del suceso en cuestión”. Por ello, el Tribunal de Cuentas, indica en el Informe núm. 1.178, que “En uno de los dos expedientes tramitados por el procedimiento de emergencia que han sido fiscalizados no se motivó adecuadamente la necesidad de acudir a este procedimiento al conocer la entidad la necesidad de realizar actuaciones desde meses antes de la adjudicación de ese contrato”. También señala que “En los dos expedientes examinados se produjeron demoras en su tramitación, lo que resulta incongruente con la emergencia invocada en ambos casos”.

¹¹ Así explica la [Nota informativa de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre Interpretación de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020](#) que un buen número de licitaciones de las diferentes entidades del sector público se realizan con el fin de asegurar el funcionamiento básico de los servicios que los ciudadanos necesitan. La satisfacción de las necesidades de interés público más esenciales, elemento que es connatural a los contratos públicos, permite que también en este caso pueda acordarse por el órgano de contratación, y siempre de forma motivada, la continuación de los procedimientos.

¹² Hay que recordar que una especialidad de la contratación de emergencia es la posibilidad de contratar pese a la carencia o insuficiencia de crédito [art. 39.2, b) y 120.1, a) LCSP].

las Administraciones públicas y no solo a la AGE, tras la modificación efectuada por el RDL 9/2020).

En este contexto de actuación de emergencia debe interpretarse la Orden SND/232/2020 en relación con el art. 12 del RD 436/2020. El artículo 8 de la citada Orden indica lo siguiente:

“Puesta a disposición de las comunidades autónomas de medios y recursos sanitarios de otras Administraciones Públicas y de centros y establecimientos sanitarios privados.

Durante el tiempo en el que por la progresión o afectación de la epidemia de COVID-19 no se pueda atender adecuadamente la asistencia sanitaria de la población con los medios materiales y humanos adscritos a cada comunidad autónoma, éstas tendrán a su disposición los centros y establecimientos sanitarios privados, su personal, y las Mutuas de accidentes de trabajo”.

Este precepto establece un presupuesto habilitante -y es que no se pueda atender adecuadamente a pacientes COVID-19-, lo que implicaría la existencia de saturación de la red pública, ante lo que No podría negar la asistencia ningún otro tipo de centro sanitario.

En todo caso, aun concurriendo el presupuesto habilitante, lo que prevé en este precepto es la obligación de aceptar los pacientes derivados, pero no que dicha prestación sea gratuita, lo que significa, en una interpretación sistemática de todas las normas y principios, que dicha asistencia privada deberá ser objeto de compensación económica. La declaración de estado de alarma -y menos por una Orden Ministerial- no permite que se pueda afectar al contenido esencial de derechos constitucionales, como hemos dicho, ni posibilitar una confiscación encubierta o imposición de obligaciones de hacer sin compensación, pues se vulneraría el derecho a la libertad de empresa y de la propiedad. En tal caso, la derivación de pacientes, aun con carácter obligatorio para el centro privado, se tramitará como un contrato de servicios mediante la modalidad de emergencia, debiendo la administración sanitaria cumplir las exigencias derivadas de tal relación jurídica contractual, determinando entre las partes el importe económico de la misma. No en vano hay que recordar que la prestación es una prestación típica contractual, contemplada en el derecho europeo de la contratación pública y en la Ley de Contratos del Sector Público que la transpone. Normativa en modo alguno afectada por la declaración del estado de alarma (prestación que, obviamente se podrá derivar hacia una técnica de convenio si la entidad privada asume con solidaridad esta función y decide solo la compensación por los efectivos costes soportados).

En cualquier caso, la utilización de la tramitación de emergencia como respuesta a la rápida respuesta a las necesidades derivadas de la pandemia no supone, en modo alguno, una exoneración del resto de reglas de la contratación pública, que, hay que advertir, continúan vigentes. Y muy especialmente de las relativas a la transparencia. Así, son de directa aplicación la publicidad de los acuerdos de adjudicación y formalización de contratos (*ex. art. 154 LCSP y art. 50 Directiva 2014/24 de contratación pública*)¹³. Obligación que, como explica J. MIRANZO, sí están cumpliendo otros países europeos¹⁴. Y, por supuesto, continúan siendo de obligado cumplimiento las exigencias de rendición de cuentas derivadas del artículo 8 de la

¹³ Y, por supuesto, no se encuentran excepcionadas en modo alguno las reglas de prohibición de contratar y conflictos de interés que exige la LCSP y el derecho europeo.

¹⁴ J. MIRANZO DÍAZ, [“Breves reflexiones sobre la transparencia y la integridad contrataciones relacionadas con el Covid-19”](#), publicado en www.obcp.es.

Ley 19/2013, de Transparencia y Buen Gobierno¹⁵. Esta información pretende ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa al existir un control político de su actuación. Y, por ello, en tanto que permite «dar luz» a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública¹⁶.

La crisis sanitaria permite eludir el principio de tensión competitiva de los mercados¹⁷, relajar reglas de control financiero, facilitar e interpretar el cumplimiento de los contratos públicos vigentes para facilitar el mantenimiento de empleo, fomentar la compra de proximidad e incluso adquirir productos en mercados extranjeros anticipando el precio frente a la regla de la previa entrega. Pero no permite relajar la calidad de las exigencias democráticas y de buen gobierno, ni justifica la opción de habilitar espacios de impunidad. Es más, en el contexto social actual se exige más explicación y más rendición de cuentas de las decisiones de contratación adoptadas (y con quienes y sus importes) pues la ciudadanía, desde la “trinchera de su confinamiento” tiene el derecho a conocer como contraprestación a un “esfuerzo solidario colectivo” sin precedentes. Y esto no es burocracia innecesaria. Esto es democracia, pues el virus COVID-19 no puede traspasar su ámbito natural sanitario para afectar a las fronteras de lo público para favorecer espacios de opacidad. La transparencia es un escudo que, por tanto, debe ser reforzado, lo que exige “afinar” su contenido para no convertirse en una mera obligación formal¹⁸. Por ello, la crisis sanitaria debe ser el impulso necesario a la utilización de Inteligencia artificial y *big data* al servicio de una mejor gestión pública y de mejor rendición de cuentas¹⁹.

¹⁵ En este sentido se ha posicionado Transparencia Internacional España (junto con los capítulos de Italia y Francia), que pone de manifiesto la importancia de defender la transparencia y el libre acceso a la información durante los estados de alarma originados por la pandemia del Covid-19.

La propuesta, titulada “[Contra la crisis de salud, más transparencia y democracia](#)”, reitera la necesidad de evitar que se pasen por alto principios necesarios como la rendición de cuentas, la transparencia y la ética, que podrían pasarse por alto en el afán de brindar “respuestas rápidas”. El comunicado alerta también sobre los riesgos de los estados de alarma, decretados para fortalecer el poder de los ejecutivos nacionales frente a una crisis sanitaria de esta envergadura. Aclara que estos deben estar estrictamente limitados en tiempo y ser proporcionales a la meta deseada. Insiste en esta idea E. GAMERO, “[Transparencia y contratación de emergencia ante el COVID-19](#)”, publicado en www.obcp.es.

¹⁶ Como recuerda E. GUICHOT, la frase del Juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Louis Brandeis, la luz del sol es el mejor de los desinfectantes, se ha convertido en la imagen más conocida que asocia transparencia y lucha contra la corrupción. “Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción”, en libro col. *La Corrupción en España, Atelier, Barcelona, 2016*, pp. 141-143.

¹⁷ En todo caso la Comisión Nacional de Mercados y Competencia esta “vigilando” el escenario, para evitar perturbaciones innecesarias: destacar el lanzamiento del buzón (covid.competencia@cnmc.es) para centralizar todas las denuncias y consultas relacionadas con la aplicación de las normas de competencia en el contexto del Covid-19.

¹⁸ Vid. I. GALLEGO CORCOLES, “La contratación pública digital”, en libro col. *La 4 Revolución industrial; impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y economía digital*, Aranzadi, 2018, pp. 455-459.

¹⁹ De especial interés las reflexiones de P. VALCARCEL en su trabajo “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del «big data»”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Aranzadi, 2019, pp. 93-130.

3.- La suspensión “ad hoc” y sus consecuencias operada por el Real Decreto Ley 8/2020 (modificado por el Real Decreto Ley 11/2020, con efectos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo).

El artículo 34 del referido Real Decreto Ley 8/2020, establece previsiones singulares relativas a la ejecución de los contratos públicos (que se determinan en el apartado 7, por referencia a todo contrato realizado por un poder adjudicador sometido a la normativa de contratación pública), con distinta solución jurídica en función del tipo de contratos²⁰. Se pretende dar seguridad jurídica en la respuesta que se den por las distintas entidades contratantes²¹. Hay que fijarse bien en la respuesta singular que se da caso por caso advirtiendo que no será de aplicación en ningún caso a los siguientes contratos:

a) Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

b) Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.

c) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.

d) Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

²⁰ El Real Decreto Ley 8/2020 omite en relación a este precepto, el título competencial que utiliza el Estado como cobertura a la regulación, como, por el contrario, sí se hace para las otras materias. Este Real Decreto Ley, que se dicta al amparo del artículo 149, cita de forma expresa diez apartados que le permiten regular materias, pero no cita el artículo 149.1 18ª de la CE, que es la que regula la competencia básica en materia de contratación administrativa, por lo que si asume expresamente que no ejerce dicha competencia legislativa (básica) pudiera pensarse que dicho precepto no es básico y que una Comunidad Autónoma podría complementar la solución estatal, y adoptar una regulación diferente ante estos supuestos. En todo caso, aunque no hay apoyo formal expreso, el Real Decreto Ley regula un supuesto -la suspensión-, que formal y materialmente es básico, por lo que parece que su regulación sería básica para todo el Estado. Lo que no impide, como consecuencia de este carácter básico, un desarrollo complementario por las Comunidades Autónomas que quisieran reforzar la protección de empresas y trabajadores. En esa línea se sitúa, por ejemplo, el Decreto Ley 3/2020, de Andalucía -BOJA de 17 de marzo- que, dictado con anterioridad a la norma estatal, complementa y no contradice la solución del Real Decreto Ley 8/2020, al permitir que cuando “no fuera posible continuar con la normal ejecución de los mismos, tal circunstancia no constituirá causa legal de suspensión de la ejecución y no dará lugar a la suspensión del pago de la parte efectivamente prestada. Igualmente se abonarán los gastos salariales de la plantilla imputables a la administración, así como el resto de costes asociados a la prestación del servicio en las condiciones del contrato adjudicado. No se incluirán en estos los costes fungibles, los extraordinarios y cualquier otro no soportado y no vinculado directamente a dicha prestación del servicio”. Esta previsión se alinea con las medidas estatales y los objetivos de crear un “escudo social” frente al COVID-19, pues se está garantizando que las empresas no tengan que cerrar por motivo de las restricciones derivadas del estado de alarma y que los trabajadores reciban sus retribuciones, habida cuenta de que se garantizan los pagos, mejorando sensiblemente la posición fijada por el Estado. Solución que, además, de garantizar paz social, permitirá un relanzamiento rápido de la actividad económica. Existe, pues, margen autonómico (no afectado por el estado de alarma) para, desde la lealtad con los fines de “combatir entre todos” al COVID-19, complementar, reforzar o mejorar las soluciones que dicte el Estado, atendiendo a la propia realidad de cada territorio. La duda queda resultada si vemos que el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que modifica el Real Decreto Ley 8/2020 cita como título competencial -ahora sí- el artículo 149.1.18 de la Constitución, de forma que se considera normativa básica (Disposición Final Octava).

²¹ Resulta de interés el trabajo de L. MANENT ALONSO “[Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19. Análisis del artículo 34 del real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo](#)” en Revista Gabilex núm. 21, 2020.

No obstante, en el caso de los contratos de servicios de seguridad y limpieza, sí será posible su suspensión total o parcial, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, y a instancia del contratista o de oficio, si como consecuencia de las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatir el COVID-19, alguno o algunos de sus edificios o instalaciones públicas quedaran cerrados total o parcialmente deviniendo imposible que el contratista preste la totalidad o parte de los servicios contratados. En el supuesto de suspensión parcial, el contrato quedará parcialmente suspendido en lo que respecta a la prestación de los servicios vinculados a los edificios o instalaciones públicas cerradas total o parcialmente, desde la fecha en que el edificio o instalación pública o parte de los mismos quede cerrada y hasta que la misma se reabra. A estos efectos, el órgano de contratación le notificará al contratista los servicios de seguridad y limpieza que deban mantenerse en cada uno de los edificios. Asimismo, deberá comunicarle, la fecha de reapertura total del edificio o instalación pública o parte de los mismos para que el contratista proceda a restablecer el servicio en los términos pactados. c) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte. d) Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado. El régimen previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, como autoridad competente designada en el artículo 4 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, para garantizar las prestaciones necesarias en orden a la protección de personas, bienes y lugares. Dichas medidas podrán implicar, entre otras, una modificación de los supuestos en los que procede la suspensión de los contratos.

La regulación “singular” con motivo de las medidas COVID 19, prevista en esta normativa se extiende, ex artículo 34.7 del Real Decreto Ley, a los «contratos públicos» delimitándolos a los contratos que con arreglo a sus pliegos estén sujetos a: 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; o al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; o a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales; o a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad:

a) *Contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva.* Cuando la ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatirlo, quedarán suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. Y se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al

contratista el fin de la suspensión. Se trata, en definitiva, de una suspensión, siempre y cuando el cumplimiento de la prestación no sea posible. Suspensión a la que no resultará de aplicación lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La consecuencia de la suspensión de los contratos referidos como consecuencia de lo previsto en este Real Decreto Ley es que -frente a la regla general del principio de riesgo y ventura que contiene el artículo 197 LCSP- la entidad contratante deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista.

Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes:

1.º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión (se incluyen como gastos indemnizables las cotizaciones a la seguridad social).

2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.

3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.

4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

En caso de suspensión parcial, los daños y perjuicios a abonar serán los correspondientes conforme al presente apartado de este artículo a la parte del contrato suspendida.

El procedimiento que se establece es el siguiente: a) el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. b) Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. c) La entidad contratante deberá dar respuesta expresa en el plazo de 5 días naturales. d) Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria. Sorprende este silencio negativo, no solo por ser una excepción a la regla general, sino porque no se alinea bien esta solución jurídica con el fin del Real Decreto Ley que dar seguridad jurídica y no perjudicar de forma desproporcionada al contratista.

Otra regla especial en este tipo de contratos viene referida al supuesto de que tras vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los

procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo no fuera posible la formalización, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 LCSP sobre ampliación de plazo del contrato, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente.

Finalmente se indica de forma expresa que la suspensión de los contratos del sector público con arreglo a las previsiones de este Real Decreto Ley no constituirá en ningún caso una causa de resolución de los mismos.

b) *Contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 LCSP, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19.* Cuando el contratista incurra en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatirlo, se habilita una ampliación del plazo de ejecución sin que pueda aplicarse la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.

Para ello el contratista deberá solicitar esta ampliación de forma expresa, asegurando el cumplimiento de sus compromisos si se le amplía el plazo inicial o la prórroga en curso. En este supuesto, el órgano de contratación concederá dicha ampliación por un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro menor.

El Real Decreto Ley establece que, para la ampliación de este plazo, el contratista tendrá derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato. Lo que, obviamente, exigirá una acreditación. El procedimiento exigible para ello es la presentación de solicitud que acompañe la acreditación fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía por el contratista de dichos gastos.

c) *Contratos de obras vigentes en los que, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo, y como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado no pueda tener lugar la entrega de la obra.* Siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, y cuando esta situación genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, el contratista podrá solicitar la suspensión del mismo desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. Y se advierte que no resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere este supuesto lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208, ni en el artículo 239 LCSP; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220, ni en el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

El procedimiento que se establece es el siguiente: a) el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la

ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. b) La entidad contratante deberá dar respuesta expresa en el plazo de 5 días naturales. c) Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria. Insistimos en que sorprende esta solución de silencio negativo, no solo por ser una excepción a la regla general, sino porque no se alinea bien esta solución jurídica con el fin del Real Decreto Ley que dar seguridad jurídica y no perjudicar de forma desproporcionada al contratista.

Acordada la suspensión o ampliación del plazo, solo serán indemnizables los siguientes conceptos:

1.º Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

Los gastos salariales a abonar, siguiendo el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021, publicado el 26 de septiembre de 2017, o convenios equivalentes pactados en otros ámbitos de la negociación colectiva, serán el salario base referido en el artículo 47.2.a del convenio colectivo del sector de la construcción, el complemento por discapacidad del artículo 47.2.b del referido convenio, y las gratificaciones extraordinarias del artículo 47.2.b, y la retribución de vacaciones, o sus conceptos equivalentes respectivos pactados en otros convenios colectivos del sector de la construcción. Los gastos deberán corresponder al personal indicado que estuviera adscrito a la ejecución antes del 14 de marzo y continúa adscrito cuando se reanude.

2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.

3.º Los gastos de 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 y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.

4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

El procedimiento para el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios exige solicitud formal del contratista adjudicatario principal con acreditación fehaciente de que se cumplen las siguientes condiciones:

- Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020.

- Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 LCSP.

Como regla especial se prevé una prórroga (ampliación) en el plazo de entrega final siempre y cuando el contratista lo solicite formalmente y ofrezca el

cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le amplía el plazo inicial. Aquí la ampliación de plazo parece que resulta automática.

d) *Concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2020*. La situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Pero, para ello, el órgano de contratación, a instancia del contratista, debe apreciar la imposibilidad de ejecución del contrato.

Dicho reequilibrio solo “singular” se puede solicitar solo cuando sea imposible la ejecución del contrato concesional (y no cuando la prestación continúe, en cuyo caso estaremos a las reglas generales de equilibrio dado que concurren los presupuestos habilitantes de fuerza mayor y de *factum principis*), y se configura como derecho, que en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.

El procedimiento para este reequilibrio es la previa solicitud del concesionario y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos. Se establece una regla distinta a la que ofrece para el reequilibrio la LCSP, que exige para que sea efectivo que se afecte a la economía de la concesión²².

En principio, no parece probable que en contratos de larga duración como son los concesionales, salvo en aquellos que presenten márgenes de rentabilidad reducidos que resulten muy afectados, las medidas frente al COVID 19 pueden tener un impacto tal que supongan la ruptura de la economía del negocio concesional (que implica una transferencia de riesgos, no se olvide). La solución legal adoptada por el Real Decreto Ley es un seguro legislativo a las pérdidas ocasionadas temporalmente en la concesión, haciendo que en este periodo de estado alarma no funcione el reparto de riesgos. Por ello, se exige, insisto, una interpretación finalista adaptando las exigencias de cumplimiento de los contratos a este escenario. Y, por supuesto, habrá de tenerse en cuenta las decisiones de *factum principis* relativas al cumplimiento (como exenciones de pagos de tarifas por ciertos colectivos vulnerables) y su impacto en el plan financiero de la concesión.

Interesa, en todo caso, advertir del ámbito limitado de estas medidas, que no resuelven toda la problemática que pueda existir y donde, la aplicación correcta de las distintas técnicas jurídicas va a exigir una importante labor de reflexión para linear debidamente todos los principios e intereses públicos en juego. Y donde, no hay que olvidar, en los contratos públicos, junto al tradicional principio de “riesgo y

²² El Informe de la Abogacía del Estado de 30 de marzo 2020 sostiene que los “posibles gastos adicionales salariales” no incluyen aquellos abonados durante el período en que se amplíe la concesión (como se proponía en el proyecto de informe) sino que únicamente aquellos derivados del período en que la concesión no pueda ejecutarse (que es lo que cubre la compensación económica ex art. 34.4 RD-ley 8/2020). El razonamiento que acompaña esta conclusión y algún ejemplo se contiene en las pp. 6 y ss. del citado Informe. Vid. X. LAZO VITORIA, “[Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico?](#)”, en [www.obcp.es](#)

ventura” regulado en el artículo 197LCSP, exige, para los contratos administrativos, la prerrogativa de interpretación del contrato, no solo del clausulado, sino también de la propia necesidad o causa del mismo, que podrá ser “adaptada” a la nueva realidad derivada del estado de alarma. Cuestión que se desarrollará en el siguiente epígrafe

4.- La adaptación del objeto de las prestaciones a las obligaciones derivadas de la emergencia sanitaria.

La crisis sanitaria y la normativa adoptada ha incidido de forma notable en la prestación de ciertos contratos públicos, lo que ha obligado a reducir (que no eliminar) el contenido de la prestación. Así sucede con el transporte público, o servicios de limpieza en instalaciones educativas, por poner algún ejemplo, donde no es de aplicación las previsiones del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020. Situación que plantea la duda de qué respuesta jurídica hay que dar y qué técnica jurídica propia de la contratación pública resulta aplicable ante esa “reducción” temporal del objeto inicial de la prestación²³.

Para ello hay que recordar, en primer lugar, que todo contrato público está presidido por el principio de “riesgo y ventura” regulado en el artículo 197 LCSP, que tiene como a obligación del contratista en los contratos administrativos es una obligación de resultado, contrapuesta a las de actividad, y en consecuencia los riesgos derivados de su ejecución deben recaer sobre el mismo²⁴. Como ha señalado la jurisprudencia el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor o incluso perder cuando sus cálculos estén mal hechos o no respondan a las circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato (Sentencia TS de 29 de septiembre de 1986 (RJ 1986, 4657)). En palabras del Supremo, “*riesgo significa contingencia o proximidad de un daño y ventura es una palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien*” (Sentencia de 19 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5207)).

Y ello porque “la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TRLCAP de 2000 y 215 , 231 y 242 del TRLCSP de 2011. Un elemento de 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” (Sentencia TS de 8 de junio de 2016 (RJ 2016, 3711)). Por otra parte, como ya ha

²³ La situación de emergencia sanitaria y el Real Decreto declarando el estado de alarma ha repercutido de forma drástica sobre la labor ordinaria de las entidades públicas educativas (al margen y sin causa de su esfera decisional), al declarar la suspensión de la actividad docente presencial y limitando a servicios mínimos esenciales la actividad de otra actividad administrativa en las propias instalaciones e aras a proteger el derecho a la salud. Obviamente, esta situación, ajena al ámbito decisional de los centros educativos, impacta sobre los contrato de limpieza o de mantenimiento, tanto en la necesidad concreta a desarrollar por la empresa adjudicataria, como, más importante, en la imposibilidad de que el personal de limpieza asignado pueda prestar el servicio sin debidas medidas de seguridad.

²⁴ Sobre la aplicación del concepto de riesgo y ventura en los contratos públicos ha tenido una especial influencia el trabajo de E. GARCIA DE ENTERRIA, “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo”, en Revista de Administración Pública núm. 2, 1950, pp. 83-108, elaborado a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1949.

advertido el Consejo de Estado, a propósito del principio de riesgo y ventura, «*el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (Dictamen número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública*» (Dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002)

Asimismo, no puede desconocerse la exigencia de que el objeto sea idóneo para la satisfacción de las necesidades que pretenden cubrirse desempeña el papel de elemento causal del contrato, entendido como el resultado empírico que se quiere alcanzar con el negocio. De ahí que el contrato debe, en su ejecución, adaptarse a la causa, a fin de evitar que no sea congruente con su finalidad.

El contratista está pues sujeto a las incidencias propias de la vida de cualquier negocio jurídico, a aleas como retrasos de los proveedores, conflictos colectivos o el incremento de los costes en los que ha de incurrir para ejecutar el contrato, (STS de 30 de abril de 1999; STS de 24 de marzo de 2015). Y, por supuesto, a las consecuencias de una situación de emergencia sanitaria como la actual.

Como es sabido, el principio *pacta sunt servanda*, se modera ordinariamente por tres medios: a) la revisión de precios; b) la modificación de los contratos; c) el mantenimiento del equilibrio económico de los contratos concesionales²⁵.

Obviamente, en este supuesto de emergencia sanitaria no hay opción de revisión de precios. Tampoco nos encontramos ante una modificación contractual (arts. 202 a 206 LCSP) pues la decisión derivada de la declaración de estado de alarma no es imputable al poder adjudicador. No hay, en sentido estricto, ejercicio de *ius variandi*. Y, para contratos de servicios o de suministro de tracto sucesivo, como no es una concesión de servicios tampoco puede aplicarse la técnica del reequilibrio económico del contrato, no existiendo, tampoco, *factum principis* ni riesgo imprevisible²⁶.

²⁵ La doctrina ha explicado las singularidades del equilibrio económico en los contratos administrativos, así como las técnicas de compensación en las figuras del *ius variandi*, el *factum principis* y el riesgo imprevisible. Sirva el recordatorio a la obra clásica de G. ARIÑO, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como los recientes trabajos de J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos públicos” en el *Observatorio de contratos públicos 2011*, libro col, Cizur Menor, 2012, págs. 515 y ss; y el análisis de la jurisprudencia que realizan J. AMENÓS ÁLAMO y J.E. NIETO MORENO, “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, REDA núm. 156, 2012, pp. 119 y ss. Especial interés sobre el riesgo en estas propuestas de Directivas tiene el estudio de M. FUERTES “Los riesgos del riesgo de explotación”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, pp. 197-239. También los trabajos R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución”, en *Ius Publicum Network Review*, núm. 2, 2017, pp. 1-38 de E. ARIMANY LAMOGLIA, “El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Autopista Madrid-Toledo, AP-41”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario de homenaje al profesor J. L. Iglesias, 2011, pp. 93-100; y J.F FERNÁNDEZ GARCÍA, “Equilibrio económico y revisión de precio en los contratos administrativos”, REDA núm. 163, 2014, pp. 145-180.

²⁶ Sobre estas cuestiones me remito a mi trabajo “*Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público*”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138. . Vid también los trabajos de I. GALLEGO CORCOLES, “*La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública*” en libro colectivo *Las Directivas de Contratación*

La técnica del reequilibrio financiero del contrato concesional (que debe ser entendida en sentido estricto), y que no es de libre disposición al arbitrio de las partes, permite «ajustar» la retribución del contrato en el contexto de la oferta inicial, sin que ello suponga modificar el contenido del contrato en el sentido de *ius variandi*, incluyendo como costes cuestiones distintas a las ofertadas que debieran ser asumidas como riesgo del concesionario. En consecuencia, hay que permitir el equilibrio cuando se comprueba que existe una mayor onerosidad sobrevenida (STS de 15 de noviembre de 1986). Circunstancia que tampoco concurre en este supuesto. No existe “hecho del príncipe”, pues la LCSP (art. 290.4) reconoce la aplicación de este principio del *factum principis* mediante la previsión de reequilibrio solo en los casos de “actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión”. Es decir, dado que el estado de alarma ha sido declarado por el Gobierno de la Nación, no se podría aplicar este principio (y habría que acreditar la ruptura sustancial de la economía de la concesión). Y tampoco puede ser un riesgo imprevisible en tanto ya se ha calificado como fuerza mayor.

En consecuencia, ante la “adaptación” de la prestación corresponde al contratista asumir dicha situación. Es sabido que, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico a la prestación efectivamente realizada. Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus intellegitur*²⁷. Y resulta evidente, en desarrollo lógico de lo expuesto, que las condiciones de la prestación se han alterado afectando al contenido de la misma por una evidente imprevisibilidad, como se deduce de la reciente doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia 6 de marzo de 2020 (STS 153/2020 Rec. 2400/2017): “Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes (sentencia del pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013). Es condición necesaria para la aplicación de la regla «rebus» la imprevisibilidad del cambio de circunstancias. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que, por definición, implica lo no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)”. La imprevisibilidad del impacto de la pandemia en los vínculos contractuales exige una adecuada respuesta jurídica coherente, por lo demás, con el principio constitucional de eficiencia de los fondos públicos (art. 31 CE). Es, en esencia, un principio de justicia distributiva.

Por ello, parece correcto que se le pueda proponer a la empresa adjudicataria, como resolución interpretativa del contrato, un “ajuste de la prestación”, tanto en su

Pública, número monográfico especial Observatorio de los Contratos Públicos 2014, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167, J. VAZQUEZ MATILLA, La modificación de los contratos públicos, Aranzadi, 2015.

²⁷ José Luís VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura”, en libro colectivo (dirigido por Rafael Gómez-Ferrer Morant) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 525 y ss.

contenido material como en la retribución, a las actuales circunstancias, ajenas a las instituciones públicas, en tanto persista la actual situación de alerta sanitaria y mantener la “honesta equivalencia” de la prestación (STS 20 de diciembre de 1986 (Ar. RJ 1987, 1175)). No puede desconocerse, por lo demás, que los contratos administrativos se da una fuerte vinculación entre el objeto contractual y la satisfacción de los intereses públicos (art. 25 LCSP), lo que lleva en ocasiones a preservar tal vinculación mediante el uso de prerrogativas públicas, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo acordado lleve a la frustración de los intereses públicos perseguidos.

Para ello, además, la Administración pública con un contrato en vigor de estas características, cuenta con la prerrogativa de interpretación del mismo (art. 190 LCSP), respetando los principios de la contratación pública. “*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*”.

En este sentido se alinea, por ejemplo, para el contrato de servicios, el artículo 311 LCSP en relación a la *Ejecución, responsabilidad del contratista y cumplimiento de los contratos de servicios, afirmando que:*

“1. *El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el responsable del contrato, en los casos en que se hubiere designado. En otro caso, esta función le corresponderá a los servicios dependientes del órgano de contratación.*

2. *El contratista tendrá derecho a conocer y ser oído sobre las observaciones que se formulen en relación con el cumplimiento de la prestación contratada”*

En el fondo, **esta obligación de adaptación interpretativa del contenido de la prestación durante el tiempo de estado de alarma**, se fundamenta en principios generales del Derecho administrativo como la interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa, el derecho a la buena administración, la seguridad jurídica, la buena fe, la protección de la confianza legítima y la responsabilidad administrativa o responsabilidad patrimonial de la Administración Pública²⁸. Esto permitiría, por ejemplo, mantener el sistema de retribución a las empresas (con el compromiso de mantener el empleo) utilizando figura como la “disponibilidad funcional” del trabajador que no es necesario de forma presencial, ajustando también las obligaciones al periodo del contrato²⁹.

²⁸ Las consecuencias laborales que puedan derivar de esta decisión no pueden “contaminar” la decisión principal de proteger el interés público. El Real Decreto Ley 8/2020 ha incluido soluciones jurídicas frente a la posible afectación en el empleo por esta crisis sanitaria (las empresas, en un ejemplo de responsabilidad social deberían hacer un esfuerzo por no afectar al empleo de sus trabajadores), con nueva regulación de los ERTE. La distinta “sensibilidad social” no puede justificar que prevalezca un fin público diferente al protegido por la norma, ni pueden las Administraciones públicas dar una respuesta jurídica “singular”. En esta crisis, el carácter ejemplarizante en la aplicación uniforme de las medidas, para evitar agravios comparativos, debe ser la máxima de todo gestor del interés público. Y el fin de las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia es proteger el empleo y permitir una mejor recuperación de la actividad empresarial postcrisis.

²⁹ Lo que hay que evitar es que la pandemia y sus efectos sobre las prestaciones de los contratos públicos puede convertirse en una técnica de ahorro del órgano de contratación.

El procedimiento de ejercicio de esta prerrogativa se regula en el artículo 191 LCSP 2011 que exige que en los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación, modificación y resolución del contrato deberá darse audiencia al contratista. Estos Acuerdos deberán adoptarse previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 109 y 195 LCSP. Por ello, se le notifica la solución prevista, concediendo un trámite audiencia para que, si lo considera oportuno realice alegaciones o plantee solución alternativa. La decisión que se adopte será inmediatamente ejecutiva y ejecutoria en sus propios términos.

El Real Decreto Ley 11/2020, con carácter transitorio, extiende la aplicación de la ampliación del plazo del artículo 29 LCSP a los contratos de suministro de tracto sucesivo.

5.- La cooperación horizontal como herramienta de contención de la alerta sanitaria.

La contención de la pandemia sanitaria aconseja la utilización de las técnicas de cooperación horizontal entre las distintas entidades públicas³⁰. El artículo 6.1 LCSP (que complementa el artículo 47 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público), regula los convenios atendiendo a los parámetros europeos fijados por la Directiva 2014/24/UE y la jurisprudencia TJUE³¹. Parece evidente que en esta “lucha contra el COVID 19” los pactos entre las administraciones públicas para combatirlo de forma coordinada no merecen en modo alguno la consideración de contrato

³⁰ No hay que olvidar que cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios para adoptar las medidas que estime necesarias en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma (art. 6 RDEA), y sin perjuicio de lo establecido en los artículos 4 (autoridad competente) y 5 (colaboración con las autoridades competentes delegadas).

³¹ La justificación de la cooperación vertical quedó avalada en la STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA* (apdos. 48 y 49). STJUE de 9 de junio de 2009, (Comisión Vs. República Federal de Alemania, apdo. 47), que admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales al considerar que no existe un contrato público sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración: a) objetivo común de interés público; b) prestación que no tiene naturaleza comercial, por carecer de vocación de mercado; y c) existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución. La STJUE de 13 de junio de 2013, (asunto C-386/11, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Alemania), mediante resolución de 6 de julio de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de julio de 2011) perfila claramente los supuestos de cooperación horizontal, afirmando que no se aplicará la normativa de la Unión en materia de contratos públicos y existirá cooperación siempre que tales contratos hayan sido celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan sólo se rija por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público (sentencia Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros, apartado 35). El TJUE ha plasmado estas mismas consideraciones, por ejemplo, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-215/09, *Mehiläinen Oy* (FJ 31), en la Sentencia de 19 de diciembre de 2012, asunto C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento* (FJ 34-35) o en la Sentencia de 13 de junio de 2013, asunto C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. Kg* (FJ. 34). Vid. M.A. BERNAL BLAY “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”, *Organización Local. Nuevas Tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 361-376.

público encubierto³². Obviamente el elemento teleológico resultará imprescindible en el análisis de cualquier negocio jurídico calificado como “convenio”, por lo que hay que recordar que no procede una estricta interpretación “formal” que atienda solo al “objeto”, ya que se limitaría de forma indebida, como ha advertido A. HUERGO LORAS, esta técnica de cooperación³³. El capítulo V del Real Decreto Ley 8/2020 establece medidas adicionales para permitir una respuesta adecuada a la situación excepcional, entre las que destaca un régimen particular para la suscripción de convenios de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público relacionados en el ámbito de la gestión de la emergencia sanitaria causada por el coronavirus COVID-19. Así el artículo 39 indica que no resultarán de aplicación las disposiciones contenidas en los apartados 1 y 2 en las letras a), b) y c) del artículo 50 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, así como en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de diciembre de 2017, por el que se aprueban las instrucciones para la tramitación de convenios, en la tramitación administrativa y suscripción de los convenios en el ámbito de la gestión de la emergencia sanitaria causada por el coronavirus COVID-19.

6.- Seguridad jurídica y plazos en la contratación pública.

El Real Decreto 463/2020 establece en sus Disposiciones Adicionales 2^a, 3^a y 4^a la suspensión de los plazos procesales, administrativos y los plazos de prescripción y caducidad³⁴. La Disposición Adicional 3^a recoge la suspensión de los términos y la interrupción de los plazos de tramitación de todos los procedimientos de las entidades del Sector Público, es decir, de la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades de la Administración Local y el sector público institucional.

Así, se suspenden términos y se interrumpen los plazos (no supone que luego se reinicien) para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público definidas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo³⁵.

No obstante lo anterior, el órgano competente podrá 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 plazo³⁶.

³² Parece indubitado que convenio establezca se cumplen los requisitos de que se desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común y que esta cooperación se guía únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.

³³ A. HUERGO LORAS, “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos”, REALA núm. 8, 2017.

³⁴ La vigencia del Real Decreto 463/2020 se prolonga desde de la entrada en vigor el 14 de marzo hasta, al menos, el 30 de marzo de 2020 o plazo que dure la declaración de alarma.

³⁵ La Plataforma de Contratación del Sector Público del Estado, en su web, ha emitido instrucciones respecto de las licitaciones publicadas en dicha plataforma. Para las publicadas en el DOUE resulta necesaria la anulación de la convocatoria y posterior publicación, lo que casa mal cuando ya había transcurrido un plazo.

³⁶ El criterio interpretativo de la Abogacía del Estado sobre esta cuestión es “que sería deseable para la correcta aplicación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, que la Plataforma de

En todo caso esta suspensión -como consecuencia del artículo único, 4 del RD 465/2020, de 17 de marzo- no es de carácter imperativo en todo caso, pues se señala que podrán acordar motivadamente la continuación de aquellos procedimientos administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, o que sean indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento básico de los servicios. Y esto podría ser de directa aplicación en la contratación pública cuando exista una conexión directa con aspectos relevantes del interés general o sean indispensables para el funcionamiento de los “servicios públicos esenciales”, y no paralizar la gestión pública ordinaria. Máxime si se pueden usar medios telemáticos y se utiliza la contratación pública electrónica.

Finalmente hay que reseñar que esta previsión de plazos se extiende también al recurso especial (que deberían ser íntegramente telemáticos)³⁷. El órgano de Recursos Contractuales del País Vasco ha publicado una nota interpretativa indicando que en el ámbito del recurso especial y de la reclamación en los sectores especiales señalando que no dictará acto alguno sobre los procedimientos de recurso o reclamación mencionados durante la vigencia del Real Decreto 463/2020 o prórroga de la misma, incluyendo su resolución definitiva, medidas provisionales o cualquier otro acto de trámite o instrucción (requerimiento de expediente e informe al poder adjudicador, concesión de plazo para alegaciones a los interesados, traslado del recurso al poder adjudicador, vista del expediente al recurrente, etc.). Y afirma que “*El plazo de interposición del recurso o de la reclamación previsto en los artículos 50 de la LCSP y 121 del Real Decreto Ley 3/2020 está suspendido desde hoy (16 de marzo), de modo que su cómputo debe iniciarse o, en su caso, reanudarse, el primer día hábil después de la finalización de la vigencia del Real Decreto*”.

Pero conviene, ante esta regulación, ser también conscientes del riesgo de una indebida “parálisis administrativa contractual”³⁸. Por ello la gestión pública de la

Contratación del Sector Público actuase conforme a lo que se desprende de la misma”. A estos efectos, afirma que “no parece necesaria la publicación de anuncios de suspensión de términos, plazos o trámites de las licitaciones en curso, pues la suspensión es la regla general y produce efectos automáticos ex lege. Nada obsta, tampoco, a que dicha publicación se produzca, aunque, se insiste, parece innecesaria, y podría llegar a colapsar el funcionamiento de la Plataforma. Sí deberían publicarse, por el contrario, los acuerdos de no suspensión que, de forma motivada, adopten las entidades del sector público”.

³⁷ Vid. I. GALLEGO CORCOLES, “[La formalización de contratos en tiempos de alarma: contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial](#)”, publicado en [www.obcp.es](#), quien advierte que “la suspensión de los plazos de interposición del recurso especial impuesta por la DA Tercera del RD 463/2020 no debe suponer una paralización de toda la actividad administrativa que pueda ser objeto de recurso especial. En especial, la formalización de aquellos contratos indispensables para la protección del interés general o para el funcionamiento de básico de los servicios (entendido todo ello en términos estrictos) no supone privar a la Directiva de recursos de efecto útil.

El Derecho europeo prevé que los órganos de recurso otorguen una respuesta flexible a los supuestos en los que se ha formalizado un contrato sin respetar el período de suspensión automática que rige tras la adjudicación, siempre que se hayan infringido a la vez las reglas que rigen la adjudicación del contrato. La posibilidad de interponer recurso no desaparece, si bien las consecuencias de su estimación se limitarán la tutela resarcitoria y a la obligación de declarar “ineficaz” el contrato, “ineficacia” que se modulará en función del principio de proporcionalidad, lo que permite atender a las circunstancias del caso. Esta solución, a mi juicio, que goza de la suficiente cobertura en la LCSP, puede facilitar la aplicación pragmática de la norma que exigen las excepcionales circunstancias actuales. La eventual rebaja de la tutela del licitador (que habría de limitarse a la compensación de daños y perjuicios) resultará justificada por la necesidad de preservar el interés general, que exige que se puedan seguir formalizando determinados contratos públicos”.

³⁸ Interesa el [Informe de 7 de abril de 2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado](#) en relación con la suspensión de la tramitación y del cómputo del plazo de interposición del recurso

crisis actual exige prudencia, anticipación y poco dogmatismo formal, priorizando la correcta prestación de la actividad pública. La prolongación del estado de alarma aconsejará revisar en la práctica las medidas inicialmente acordadas en relación a los plazos (de hecho, no se han suspendido ciertos plazos tributarios). La gestión pública ordinaria debe salir de su “letargo” en lo que a actuación administrativa se refiere. En un contexto de medios electrónicos extendido (de ahí la opción del teletrabajo) se explica mal la suspensión de procedimientos administrativos contractuales, y, especialmente, de la actividad de control de la misma. Parafraseando la famosa canción del grupo musical Queen, “*the show must go on*”.

7.- COVID-19 y Unión Europea

El Diario Oficial del Unión Europea de 1 de abril de 2020 ha publicado la Comunicación *Orientaciones de la Comisión Europea sobre el uso del marco de contratación pública en la situación de emergencia relacionada con la crisis del COVID-19*. Constituye una breve Guía a través de la cual se pretende ofrecer “soluciones rápidas e inteligentes” para la adquisición de los bienes, servicios y obras necesarios para hacer frente a la crisis del COVID-19. La Guía, como explica I. GALLEGO CORCOLES, parte de que la existencia de una crisis sanitaria de la intensidad de la ocasionada por el COVID-19 no impide la aplicación del Derecho europeo de la contratación³⁹. Y ello es así porque este sería lo suficientemente flexible para otorgar una respuesta adecuada a las distintas realidades a las que pueda enfrentarse el poder adjudicador en la realización de las contrataciones vinculadas con la crisis sanitaria.

De hecho, la Comisión explica a qué opciones y a qué flexibilidades puede recurrirse en el marco de contratación pública de la UE para la adquisición de suministros, servicios y obras necesarios para hacer frente a la crisis. Resaltando así, en palabras de GALLEGO CORCOLES, que los compradores públicos pueden considerar varias opciones:

1. En primer lugar, en caso de urgencia, pueden recurrir a las posibilidades de reducir sustancialmente los plazos para acelerar los procedimientos abiertos o restringido. No hay que olvidar que “los procedimientos con plazos reducidos cubren sus necesidades a medio plazo, ya que, en principio, son más

especial en materia de contratación durante el estado de alarma. La Junta propone que, para incrementar la seguridad jurídica, se lleve a cabo una modificación normativa en el sentido de introducir un nuevo apartado en la Disposición Adicional Octava del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, con la siguiente redacción:

“3. Aquellos procedimientos de contratación cuya continuación haya sido acordada por las entidades del sector público de conformidad con lo previsto en el apartado 4 de la disposición adicional tercera 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 serán susceptibles de recurso especial en los términos establecidos en la propia Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, sin que el procedimiento de recurso pueda considerarse suspendido al amparo de lo dispuesto en el apartado primero de la citada disposición adicional tercera.

En ningún caso resultará de aplicación lo previsto en el apartado 1 de esta disposición adicional a aquellos procedimientos de contratación cuya continuación haya sido acordada por las entidades del sector público de conformidad con lo previsto en el apartado 4 de la disposición adicional tercera 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, por lo que los plazos del recurso especial previstos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público continuarán computándose en los términos establecidos en dicha Ley.”

³⁹ I. GALLEGO CORCOLES, “[De las orientaciones de la Comisión Europea sobre contratación pública en la crisis del Covid-19 y de sus implicaciones en el caso español](http://www.obcp.es)”, en www.obcp.es.

- fiables para optimizar la relación calidad-precio y garantizar un mayor acceso de las empresas a las oportunidades de negocio y una más amplia de suministros disponibles”.
2. En caso de que tal flexibilidad no baste, podrá preverse un “procedimiento negociado sin publicación”. En el seno del mismo, que es un instrumento extremadamente flexible, se podrían distinguir dos modalidades: con negociación con distintos operadores y como última opción, “la adjudicación directa a un operador económico preseleccionado, siempre que este sea el único que pueda proporcionar los suministros necesarios dentro de los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia”.
 3. Como instrumento complementario, se anima a los operadores a contratar juntos y a aprovechar las iniciativas de contratación pública conjunta de la Comisión.
 4. La última opción está ligada a la innovación. Los compradores públicos deben también buscar soluciones alternativas y actuar en el mercado. Entre otras alternativas, “los compradores públicos pueden utilizar herramientas digitales innovadoras para activar ampliamente el interés entre los agentes económicos capaces de proponer soluciones alternativas. Por ejemplo, podrían convocar *hackatones* para hallar nuevos conceptos que permitan reutilizar las mascarillas de protección después de su limpieza, ideas sobre cómo proteger eficazmente al personal sanitario, maneras de detectar el virus en el medio ambiente, etc.”.

De estas cuatro opciones, la Comisión centra su atención especialmente en analizar la segunda (utilización del “procedimiento negociado sin publicación”). Es esta la alternativa –como veremos inmediatamente después– en la que se ha concentrado la respuesta española relacionada con la crisis del COVID-19 y la contratación. Ello justifica que reproduzcamos el contenido de la Guía con cierta extensión. La Guía recuerda que *“dado que, en estos casos, los poderes adjudicadores se apartan del principio básico del Tratado relativo a la transparencia, el Tribunal exige que el recurso a este procedimiento tenga carácter excepcional. Todas las condiciones han de cumplirse de manera acumulativa y deben interpretarse restrictivamente”*.

En consecuencia, los distintos poderes adjudicadores deberán determinar si se cumplen las condiciones para recurrir al procedimiento negociado sin publicación previa. Deberán justificar su elección de recurrir a dicho procedimiento en un “informe específico”. En la evaluación particular de cada caso, deberán cumplirse los siguientes criterios acumulativos:

- a) Sucesos imprevisibles para el poder adjudicador en cuestión. Se explica así que “el número de pacientes de COVID-19 que necesitan tratamiento médico aumenta cada día, y es previsible que siga aumentando en la mayoría de los Estados miembros hasta que alcance el pico. Estos sucesos y, en particular, su desarrollo específico deben considerarse imprevisibles para cualquier poder adjudicador”.
- b) Extrema urgencia que hace imposible el cumplimiento de los plazos generales. Respecto a ello se resalta que “no puede dudarse de que las necesidades inmediatas de los hospitales y centros sanitarios (en términos de suministros, servicios y obras públicas) tienen que cubrirse con toda la rapidez posible”. Se resalta igualmente que si se invoca la extrema urgencia, la necesidad de

- contratación ha de satisfacerse inmediatamente. La excepción no puede invocarse para adjudicaciones de contratos que tarden más de lo que habrían tardado si se hubiera recurrido a un procedimiento transparente, abierto o restringido, incluidos los procedimientos (abiertos o restringidos) acelerados.
- c) Nexo causal entre el suceso imprevisto y la extrema urgencia. Cuando se “trata cubrir las necesidades inmediatas de los hospitales y centros sanitarios en un plazo muy breve, no puede haber ninguna duda razonable acerca del nexo causal con la pandemia de COVID-19”.
 - d) Uso en la medida estrictamente necesaria para cubrir el vacío hasta que se encuentren soluciones más estables. Se subraya que “los procedimientos negociados sin publicación previa pueden ofrecer la posibilidad de satisfacer las necesidades inmediatas. Cubren el vacío existente hasta que puedan encontrarse soluciones más estables, como contratos marco de suministro y servicios adjudicados por medio de procedimientos ordinarios (incluidos los procedimientos acelerados)”.

Finalmente, hay que tener en cuenta que *“la adjudicación directa a un operador económico preseleccionado sigue siendo la excepción, si solo una empresa es capaz de cumplir los condicionantes técnicos y temporales que impone la extrema urgencia”*.

La Comisión europea aporta, pues, unos criterios interpretativos para adaptar la respuesta jurídica contractual al escenario de pandemia, pero la flexibilización no comporta ni puede comportar una huida de los principios de la contratación pública ni, por supuesto, justificar prácticas contrarias a las exigencias del principio de integridad⁴⁰.

8.- A MODO DE EPILOGO: HACIA UNA NUEVA CONTRATACION PUBLICA

La crisis del COVID-19 ha exigido no solo respuesta sanitaria, sino también jurídica y económica. Lo que ha repercutido sobre la contratación pública, exigiendo medidas singulares que deben acompañar al estado de alarma y que resultan, en estos momentos, necesarias y proporcionadas. Su aplicación práctica servirá de test para determinar el acierto de las mismas y, en especial, para dar cobertura y seguridad jurídica a una situación excepcional difícilmente previsible. Y, también, para impulsar un cambio en la cultura organizativa pública⁴¹.

Asimismo, en el escenario actual, excepcional, conviene una interpretación teleológica de las medidas a adoptar que debe prevalecer sobre interpretaciones formales⁴². Y existe unidad de criterio (político y jurídico) en que las distintas medidas adoptadas pretenden activar un escudo económico para proteger a todo nuestro sector productivo (en especial Pymes y autónomos). Proteger el empleo, dotar de liquidez financiera a las empresas, o compaginar las exigencias tributarias a la realidad

⁴⁰ Interesa recordar las reflexiones de T. MEDINA ARNAIZ, [“La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción”](#); las obligaciones que nos llegan desde Europa”, Revista Vasca de Administración Pública, núm. Extra 104, 2, 2016 (Ejemplar dedicado a: La lucha contra la corrupción política), pp. 77-113.

⁴¹ Lo que aconseja, como advierte D. ORTIZ ESPEJO, mayor capacidad proactiva de los organismos de gobernanza en la contratación pública. [“¿Gobernanza en la contratación pública? Ahora es el momento. Una reflexión constructiva”](#), publicada en www.obcp.es.

⁴² Sin olvidar los principios regulatorios y su significado. Por todos, J. A. MORENO MOLINA, “La construcción jurisprudencial europea de la teoría de los principios generales de la contratación pública y su plasmación posterior en la legislación de la Unión Europea”, Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 19, 2018, pp. 27-47.

dinámica de esta crisis son elementos imprescindibles, donde, desde el mayor consenso, hay que ser valientes y no dogmáticos (evitando innecesarios prejuicios ideológicos), activando todo el armamento, tanto público como privado, que se tenga a disposición para que el virus no contamine gravemente a nuestra economía. La contratación pública, su correcta ejecución, puede servir de importante escudo económico y social.

La crisis sanitaria obliga a “flexibilizar” la contratación pública en aras a la mejor atención a los ciudadanos (aunque habría que reflexionar si se cumplieron los estándares adecuados de anticipación de aprovisionamiento) pero no, nunca, a sacrificar las exigencias de transparencia y de rendición de cuentas. Vuelvo a recordar que sin transparencia, no como exigencia legal, sino como convicción de ser la principal seña identitaria de una administración pública moderna, no hay buena administración y, en consecuencia, no hay regeneración democrática⁴³. Por eso, más que nunca, necesitamos una contratación pública abierta, caracterizada por la mayor transparencia, la extensión práctica de los medios electrónicos como herramienta ineludible en la gestión de las decisiones públicas, la adecuada cooperación administrativa para desarrollar “economías de escala organizativas” y, por supuesto, una estrategia de profesionalización horizontal en la contratación pública, delimitando de forma adecuada los distintos roles y funciones en la gestión contractual (la compra pública electrónica -que debería ser una realidad- en un modelo de interoperabilidad y cooperación público privada que aproveche inercias y experiencias, es una exigencia de actuación o abordaje inmediato⁴⁴).

Las exigencias de eficiencia y de integridad en las decisiones públicas, como nuevos paradigmas del liderazgo institucional público, exigen la mejor transparencia en la contratación pública y, en consecuencia, la reducción a su mínima expresión de los espacios de opacidad o inmunidad, incompatibles con las exigencias de ética y ejemplaridad de nuestros tiempos⁴⁵. Por ello, debemos aprovechar la pandemia COVID-19 como una oportunidad para avanzar en una efectiva cultura de la transparencia propia de una sociedad democrática.

Por último, la experiencia de esta crisis en el modelo de compra públicas, en especial en el ámbito sanitario, obliga a repensar soluciones jurídicas que concilien los intereses públicos en juego, diseñando procedimientos eficaces y eficientes (que importante las nuevas tecnologías, como los modelos *blockchain*)⁴⁶, que pongan el

⁴³ P. VALCARCEL. “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del «big data»”, *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Aranzadi, 2019, pp. 124-125.

⁴⁴ I. MARTIN DELGADO ha sido crítico con la transposición de la regulación europea en materia de contratación pública advirtiendo de la ausencia de previsiones sobre funcionamiento de las plataformas electrónicas. “El uso de los medios electrónicos en la contratación pública”, en libro col. *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1712-1714. El Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020 (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, Acelerar la transformación digital de la administración, COM(2016) 179 final) destaca que en la actualidad se está trabajando para facilitar la transición de las administraciones públicas de los Estados miembros hacia la plena contratación pública en línea, la utilización de registros de contratos y las firmas electrónicas interoperables.

⁴⁵ J.M. GIMENO FELIU *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019.

⁴⁶ Sobre esta cuestión es un referente en España el profesor M.A. BERNAL BLAY. Puede consultarse su opinión “[Blockchain, Administración y contratación pública](#)” en www.obcp.es. Sobre esta cuestión

acento en la calidad de la prestación y que eviten una indebida deslocalización empresarial⁴⁷. Un ejemplo evidente es el de adquisición de medicamentos⁴⁸. Pero también de servicios sanitarios innovadores⁴⁹, que aconsejan nuevas fórmulas de colaboración pública-privada propia de las exigencias de un Estado garante (frente a la vieja concepción del Estado prestacional)⁵⁰. Las exigencias de calidad en las prestaciones sanitarias aconseja abandonar modelos economicistas basados principalmente en el precio, para analizar las ventajas, en términos de valor, de distintas experiencias, como la del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, que puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles⁵¹.

En definitiva, necesitamos una nueva cultura de contratación pública: responsable, abierta, innovadora, cooperativa, profesionalizada, tecnológica y transformadora. Una contratación pública estratégica y proactiva y no meramente reactiva, que ponga en valor la calidad de la prestación. La postcrisis es la oportunidad para impulsar este modelo.

interesa igualmente la opinión de J. VALERO, [“Inteligencia Artificial y contratación del sector público”](#), en www.obcp.es

⁴⁷ Así lo advierte, por lo demás, la Comisión europea en su Comunicación sobre *Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE -Bruselas, de 24 de julio de 2019. C (2019) 5494 final*. Hay que recordar igualmente la importante Comunicación de la Comisión europea Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa. Estrasburgo, 3 de noviembre de 2017 COM(2017) 572 final.

⁴⁸ Optando, por ejemplo, por el sistema “*open-house*” utilizado en Alemania para seleccionar el precio de medicamentos reembolsables sin seleccionar un proveedor único y permitiendo la incorporación posterior de nuevos proveedores que asumiesen las condiciones establecidas (validado por la STJUE de 2 de junio de 2016, Dr. Falk Pharma GmbH vs. DAK-Gesundheit, asunto C-410/14). Me remito a los trabajos de J.M. GIMENO FELIU, “*La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema*” en la REDA núm. 202, 2019, pp. 325-340 y de G. GARCIA-ALVAREZ, “*Regulación y compra pública de medicamentos*”, de próxima publicación en la REDA.

⁴⁹ Sobre la regulación del procedimiento de asociación para la innovación en España me remito, por todos, a los trabajos de P. VALCARCEL FERNANDEZ, “*Definición del objeto contractual en la compra pública de innovación*” en libro col. *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 235-270 y el completo análisis de C. DE GUERRERO MANSO, “*La asociación para la innovación. Nuevo procedimiento de adjudicación que permite a los órganos de contratación ser protagonistas del proceso de adquisición de bienes, servicios u obras innovadoras*”, *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 271-302.

⁵⁰ J. ESTEVE PARDO, “*La Administración garante. Una aproximación*”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39. *Ibidem*, *Estado garante. Idea y realidad*. Innap Investiga, Madrid, 2015. Sobre esta visión en la contratación pública me remito al libro colectivo (F. CAAMAÑO, J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS) *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Ed. Profit, Barcelona, 2017.

⁵¹ Como indica M. PORTER, la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión lo que aconseja medidas rigurosas de valoración (de “*outcomes*” y costes) para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato. M. PORTER (junto con Thomas H LEE) publica un interesante artículo en el número de octubre de 2013 de la Harvard Business Review (“*The strategy that will fix health Care*”, HBR, octubre 2013, pp. 50-69) donde desarrolla esta idea del pago por resultado en el ámbito de la salud. Propuesta iniciada en su libro (con E. Teisberg) *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, ed. Harvard Business Scholl Press, 2006.

