

Modificación y resolución de los contratos

Panticosa, 23 de junio de 2021
Teresa Medina Arnaiz. Universidad de Burgos tmedina@ubu.es

PUNTO DE PARTIDA

- La situación de crisis sanitaria causada por el coronavirus SARS-CoV-2 ha provocado diversos efectos sobre los contratos públicos, pero no ha afectado a todos por igual.
- Las circunstancias y necesidades de emergencia desencadenadas a raíz de la pandemia ha provocado en algunos casos la suspensión de la ejecución del contrato, en otros la imposibilidad definitiva de su cumplimiento y, en otros, ha producido una alteración en los términos del contrato.
- Con carácter general, la ejecución de los contratos se desarrolla en el seno de una relación bilateral que se rige por el brocardo “*pacta sunt servanda*” conforme al cual las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de su clausulado.

PUNTO DE PARTIDA

- Todo contrato establece una relación jurídica entre las partes inalterable y obligatoria, uno de cuyos elementos esenciales es que la ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista, si bien se prevén excepciones tasadas a esa aleatoriedad de los contratos públicos.
- La fuerza mayor tendrá una fuerza exonerante por aplicación supletoria del régimen civil. La fuerza mayor actúa en la relación contractual como una quiebra de la normal distribución de los riesgos que permite al contratista solicitar el reequilibrio económico del contrato mediante su modificación, prórroga, reequilibrio o, incluso, indemnización pecuniaria.
- La peculiaridad del tratamiento de la fuerza mayor en los contratos administrativos reside en que se erige en ciertas ocasiones no solo como un supuesto que justifica la exoneración de responsabilidad, sino que faculta al contratista para solicitar el reequilibrio económico de la relación contractual.

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS COMO VÍA PARA HACER FRENTE A LA IMPREVISIBILIDAD DE LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA

- En muchos de los contratos en los que hay implicados servicios esenciales se ha producido una ruptura del equilibrio contractual por la onerosidad sobrevenida de esa relación negocial. En algunos supuestos se ha intentado “salvar” a través de la modificación del contrato y en otros se ha procedido a resolver el contrato (imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no sea posible modificar el contrato).
- Para que la Administración modifique el contrato y proceda, por tanto, al ejercicio de la prerrogativa del *ius variandi*, se deben cumplir con los requisitos y límites establecidos en los pliegos y en la regulación contractual, ya que únicamente la Administración podrá modificar el contrato por razones de interés público y siempre que concurren determinadas circunstancias.

LA MODIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS EN EL TRLCSP

- En el TRLCSP la fuerza mayor es un presupuesto habilitante para la modificación del contrato. Su artículo 107.1 al tratar las modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación recoge como supuesto habilitante de la modificación:
 - c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.*
- A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley.
 - 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.
 - c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

LA MODIFICACIÓN CONTRACTUAL EN LA LCSP

Entre las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, el artículo 205, apartado 2.b) justifica la modificación por circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

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

¿EL COVID-19 ES UNA CAUSA DE FUERZA MAYOR?

La aproximación tradicional al concepto de fuerza mayor nos lleva a dos ideas: la inevitabilidad y la imprevisibilidad.

El artículo 1105 del CC señala que *“nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fuera inevitables”*.

Un acontecimiento imprevisible es aquel que la conducta de una persona media diligente no puede prever.

La inevitabilidad nos conduce al suceso que la conducta humana no puede controlar.

1. La fuerza mayor es imprevisible.
2. La fuerza mayor tiene carácter irresistible e inevitable.
3. La fuerza mayor tiene origen externo a la relación contractual.
4. La apreciación de la fuerza mayor exige el análisis de la diligencia de quien lo alega.

¿EL COVID-19 ES UNA CAUSA DE FUERZA MAYOR?

- El Consejo de Estado ha señalado en reiteradas ocasiones, que son causas de fuerza mayor aquellas, legalmente tasadas, que constituyen acontecimientos realmente insólitos y extraordinarios por su magnitud. Se trata de hechos que están fuera del círculo de actuación del obligado; de hechos que exceden visiblemente los accidentes propios del curso normal de los acontecimientos y de la vida por la importancia de su manifestación; de hechos ajenos e independientes de quienes los alegan; de hechos, en fin, que, aun siendo previsibles, tienen el carácter de inevitables.
- La determinación de la fuerza mayor ha de hacerse en cada caso concreto, al no poderse admitir una teoría unitaria sobre su alcance y contenido, atendándose especialmente, bien a lo insólito en cuanto a la periodicidad histórica, bien a su importancia cuantitativa, bien a las circunstancias cualitativas del caso.

¿EL COVID-19 ES UNA CAUSA DE FUERZA MAYOR?

En el supuesto de que la pandemia fuese declarada como causa de «fuerza mayor» por presentar las características de imprevisión e inevitabilidad, parece que la consecuencia lógica respecto de la mayor onerosidad que hubiese supuesto para el contratista el establecimiento de medidas para hacer frente a los efectos de la pandemia sería el reconocimiento al mismo de una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido en la ejecución del contrato, sin necesidad de proceder a su modificación.

La fuerza mayor sería la causa que justificaría la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* por implicar una mayor onerosidad que altera y quiebra el equilibrio contractual.

¿EL COVID-19 ES UNA CAUSA DE FUERZA MAYOR?

El **Informe de la Abogacía del Estado**, de 2 de abril de 2020, niega la calificación del COVID-19 como causa de fuerza mayor o a “circunstancia imprevisible” al entender que el RDL 8/2020 no lo prevé como tal y que, por tanto, no puede amparar una modificación del contrato con base en el anterior artículo 107 del anterior TRLCSP o del 205 vigente de la LCSP.

La **Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado**, en su Informe 38/20, de 12 de febrero de 2021, niega también la condición de fuerza mayor a la pandemia, haciendo una interpretación muy estricta de los supuestos mencionados en el artículo 239 de la LCSP.

El Dictamen del **Consejo de Estado** 769/2020, de 28 de enero de 2021, también excluye que la situación de hecho por el COVID-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor.

El **TACRC** en su Resolución 657/2021, de 28 de mayo, justifica la modificación de un contrato por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles.

A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

- La situación extraordinaria creada por la pandemia del Covid-19 ha afectado de manera sustancial a los contratos pendientes de ejecución.
- Las normas dictadas por las Administraciones para contener esta situación excepcional han introducido alteraciones importantes en algunos de estos contratos. para muchos de ellos habrá que acudir a la fuerza mayor y sobre todo a la la doctrina jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus*.
- Dicha pandemia podría considerarse que constituye una causa de fuerza mayor, aunque es cierto que algunos operadores jurídicos se han manifestado en sentido contrario. En último término, serán los Juzgados y Tribunales los que se pronuncien sobre dicha cuestión.