

# XII Seminario de contratación pública. La contratación pública en el proceso de recuperación y transformación post-Covid-19.

---



## Los efectos de la pandemia Covid-19 sobre los contratos públicos: teoría y práctica



Observatorio  
Contratación Pública


Panticosa junio 2021  
Elena Hernaez Salguero

# Medidas normativas PROFUSIÓN NORMATIVA

- EXCEPCIONAL  **desplaza la normativa en situación de normalidad**  
APLICACIÓN PREFERENTE Inf. AE 30-03-2020
- FINALIDAD  **No susceptible de aplicación analógica art. 4.2 C.C**

Exposición de motivos del RDL 8/2020: “la prioridad consiste en **minimizar el impacto social y facilitar que la actividad se recupere tan pronto como la situación sanitaria mejore**” (EM).

Inf. AGE de 30 de marzo de 2020: “Esta finalidad, la de paliar los perjuicios que para el contratista puedan derivarse de las medidas adoptadas para contener el COVID-19, es, pues, la que debe presidir la interpretación que se haga del art. 34 del RDL 8/2020” (en el mismo sentido informes AGE de 1 y 14 de abril).

- Escenario de eficiencia  **FONDOS COVID ??? programa presupuestario donde imputar estos gasto, a los efectos de rendir información a al IGAE (RLD 11/2020)**

# Medidas normativas PROFUSIÓN NORMATIVA

---

*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 analizar 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 ventura” regulado en el artículo 197 LCSP, 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.*

# CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA

---

➤ 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 “Comunicación (2020/C 108 I/01).

-El recurso a este procedimiento tiene carácter excepcional.

-Todas las condiciones han de cumplirse de manera acumulativa y deben interpretarse restrictivamente

➤ **Art. 16 RDL 7/2020, de 12 de marzo** si bien no es preciso hacer el test de presencia de la situación de emergencia puesto que esta ha sido declarada legalmente, **sí es necesario cumplir los demás requisitos**. Informe de la Junta Consultiva de Contratación del Estado núm. 17/2019 **Que no sea suficiente para resolver la situación la utilización de otros procedimientos menos restrictivos de la libre concurrencia**

*“1. La adopción de cualquier tipo de medida directa o indirecta por parte de las entidades del sector público para hacer frente al COVID-19 justificará la necesidad de actuar de manera inmediata, siendo de aplicación el artículo 120 de la LCSP”.*

# CONTRATACIÓN DE EMERGENCIA

Informe de la OIReSCON de 30 de abril



- debe justificarse por cada órgano de contratación la vinculación del objeto del contrato con la situación provocada por el COVID-19
- Inadecuada justificación derivada de la suspensión de plazos de los procedimientos de contratación (DA3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo).
- Deben publicarse de conformidad con el art. 154 LCSP.

Plan del Tribunal de Cuentas aprobado por el Pleno el 22-12-2021



*Las fiscalizaciones de los contratos de emergencia celebrados en 2020 para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 por los ministerios de las Áreas de Administración Económica y Político-Administrativa del Estado y sus organismos; en el ámbito de la Administración Socio-Laboral y de la Seguridad Social; en el sector público empresarial estatal no financiero; por autoridades administrativas independientes, otras entidades públicas y fundaciones estatales; por las comunidades y ciudades autónomas sin órgano de control externo propio y por los ayuntamientos de los municipios con población superior a 300.000 habitantes.*

# RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO

---

Art. 34 del RDL 8/2020

- improcedencia de la suspensión,
- procedencia del 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*

- ❑ **POSIBILIDADES ALTERNATIVAS Informe de la Abogacía del Estado, de 30 de marzo de 2020** se limita a reproducir la literalidad del art. 34 que a su vez reproduce el art. 270 LCSP **informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid A.G. 5/2021**
- ❑ Incremento del 15% de la duración de los contratos cuando la retribución del concesionario proviniera en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios (art. 270.3LCSP) *el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que **en cada caso procedan***

# RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO

**Indemnidad del contratista** → equivalencia honesta del contrato administrativo STS 2 de diciembre de 1988, RJ 1988/9451, mantener el equilibrio económico *“es además una exigencia de lealtad y buena fe que debe inspirar con especial intensidad las relaciones de colaboración entre la administración y el concesionario”*.

Preámbulo del RD 8/2020 “se establecen medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público y evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las CCAA o las entidades que integran la AALL y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo. Para evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las CCAA o la Administración local para combatirlo puedan dar lugar a la resolución de contratos del sector público se prevé un régimen específico de suspensión de los mismos”.

**Límite** → **Enriquecimiento injusto**

la aplicación preferente del art. 34 del RDL 8/2020 a no permite que, mediante la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones, se acaben renegociando los contratos de concesión y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de **SUSPENSIÓN** e **INDEMNIZACIÓN** previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020. inf AE 30-03-2020.

# COMPATIBILIDAD AMPLIACIÓN+MEDIDAS ECONÓMICAS

---

- Es importante que la imposibilidad de prestación sea temporal, es decir, que se trate de concesiones que no puedan explotarse en ese momento, pero sí pueda hacerse en el futuro,
- Concesiones de plazo no muy largo
- ¿Se produce una restricción de la competencia como consecuencia de la aplicación de medidas económicas y de ampliación del plazo? → NO
- Papel de los órganos de control, y la motivación exhaustiva que implica la acreditación formal y material de los ingresos dejados de obtener
- La aplicación de la ampliación del 15% de ampliación del contrato, exige valorizar o **monetarizar** lo que supone dicha ampliación en el balance de la concesión, de forma que una monetarización del plazo de ampliación supone en cierto modo su conversión en una medida económica de las previstas en el artículo 270 que no son *numerus clausus*.

# SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

*“Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes*

- El objeto de la norma por lo que a los contratos vigentes se refiere, ha sido precisamente el de implementar los mecanismos que se han considerado pertinentes para evitar perjuicios **La solución legal adoptada por el Real Decreto Ley es un seguro legislativo a las pérdidas ocasionadas temporalmente en la concesión** (J.M.Jimeno Feliú )
- La relación que une al contratista con la administración contratante sitúa cualquier responsabilidad en el ámbito de las relaciones contractuales
- **Fuerza mayor** JCCPE 38/2020 “carecería de sentido pretender que las normas sobre fuerza mayor en la ejecución de los contratos de obras pudiesen aplicarse a la situación descrita en la consulta porque ello implicaría desconocer expresamente la voluntad de la norma ( RDL 8/2020) de excluir los efectos de la regulación de la fuerza mayor en este tipo de casos”.
- Informe de la Abogacía del Estado de 1 de abril de 2020, emitido a solicitud del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, afirma que en el caso de que la ejecución no devenga imposible y por tanto no proceda la suspensión del contrato *“la ejecución del contrato sigue siendo obligatoria para el contratista, sin que las medidas generales adoptadas en el estado de alarma (v.g., distancia mínima entre personas), puedan invocarse por la empresa contratista como perjuicios resarcibles por la Administración contratante, pues el Real Decreto-ley 8/2020 no prevé su resarcimiento y se trata, además, de inconvenientes o perjuicios derivados de medidas generales adoptadas por el Gobierno en una situación excepcional que, como tales, todos tienen el deber jurídico de soportar”*.

***Una situación de excepcionalidad como es y está siendo el Covid, y la presencia de servicios públicos implicados hubiera exigido desde el punto de vista de la contratación soluciones que no pasaran simplemente por la aplicación de la norma que rige con carácter general la compra pública.,- LCSP- como es el caso del reequilibrio, sino que exigen en todo caso respetando los principios generales de la misma ,el planteamiento de soluciones más flexibles e imaginativas, con el objeto de garantizar la indemnidad de los contratistas y la continuidad de los servicios públicos.***

**GRACIAS**

