

NOTA SOBRE EL ALCANCE DE LA CONSIDERACIÓN RECOGIDA EN LA LETRA B) DEL APARTADO H.2 DE LA COMUNICACIÓN, DE 19 DE MARZO DE 2020, RELATIVA A LAS MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DERIVADAS DE LA CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19

Algún centro gestor ha trasladado a la Dirección General de Contratación y Servicios alguna duda sobre el alcance de la previsión contenida en la letra b) del Apartado H.2 de la Comunicación, de 19 de marzo de 2020, relativa a las medidas en materia de contratación pública derivadas de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, que puede requerir alguna matización sobre lo expresado en dicho apartado:

*“b) Tal y como disponen los apartados 1 y 3 del artículo 34, procede la suspensión de los contratos cuya ejecución devenga imposible porque no se pueda realizar la prestación o la continuación de las obras pactadas y hasta que puedan reanudarse dicha prestación y las obras. Ahora bien, dado que, desde el punto de vista de su finalidad, el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, es una medida excepcional y temporal, enmarcada por el Real Decreto que declara el estado de alarma, **la interpretación de la ejecución imposible debe ser literal** y, por tanto, previa ponderación del interés público que subyace en los contratos afectados por las medidas extraordinarias adoptadas. En este sentido, la ejecución debe entenderse imposible cuando se dé la presencia de obstáculos o impedimentos que no permiten que lo convenido pueda materializarse en la realidad, haciendo inalcanzable el cumplimiento de la obligación contraída porque la actividad comprometida resulta inviable.*

Consecuentemente, aunque en los contratos de servicios y suministros de prestación continuada las medidas extraordinarias y temporales adoptadas para combatir la expansión de la epidemia obliguen a adaptar los procesos o los elementos accesorios de las prestaciones, si es posible mantener la prestación en las condiciones esenciales pactadas, sin alterar la necesidad a satisfacer o el objeto del contrato, los órganos de contratación pueden interpretar los contratos para ajustar su ejecución a esas adaptaciones, salvaguardando con ello el interés público y el fin institucional de carácter público que se realiza a través del contrato.”

Como se pone de manifiesto en el texto reproducido, la consideración se refiere exclusivamente a la **ejecución de los contratos de servicios y suministros de prestación continuada** cuando sus prestaciones:

- a) No devengan de imposible ejecución como consecuencia de la aplicación de las medidas extraordinarias aprobadas con motivo de la propagación del COVID-19, supuesto que quedaría encuadrado en el régimen especial de suspensión del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.
- b) Existan razones de interés público que, de acuerdo con el fin institucional que da soporte al contrato, hagan necesario o conveniente su mantenimiento.



- c) Deban adaptar su forma de ejecución ordinaria como consecuencia de la adopción de las medidas extraordinarias, sin que ello suponga alterar la necesidad a satisfacer o el objeto del contrato y se salvaguarden las condiciones esenciales pactadas.

En definitiva, se traslada a los órganos de contratación una indicación que sugiere la posible adaptación de la ejecución de los contratos afectados, en una situación completamente excepcional e inédita que, sin obviar en ningún momento el especial rigor con el que el principio de legalidad enmarca la contratación pública, impone al Ayuntamiento de Madrid obligaciones también extraordinarias y la consecuente necesidad de aplicar ese marco jurídico con criterios proporcionales a la dimensión del problema. Y ello con un **doble objetivo**:

- a) Dar continuidad a los servicios municipales prestados a través de contratos administrativos en aquellos casos en que las medidas no hayan impedido su ejecución, bien atendiendo las necesidades directas de los madrileños, bien asegurando el mantenimiento de los servicios básicos.
- b) En la medida de lo legalmente posible, disminuir los impactos en las empresas contratistas para atenuar los efectos en el empleo sostenido directa o indirectamente por los contratos suscritos.

Objetivos que, en la medida de lo técnicamente posible y de lo jurídicamente viable, deben ser concurrentes: el primero, en cuanto que la continuidad de los servicios municipales puede ser más apremiante y determinante en este contexto de alteración general de los medios de apoyo económico y social a determinados colectivos atendidos por las políticas municipales; el segundo, porque las medidas en materia de contratación aprobadas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se configuran para proteger, entre otros, al sector empresarial dañado por la paralización de la actividad económica.

Así lo reconocen, para este segundo objetivo, los informes de 19 y 23 de marzo de la Abogacía General del Estado en la interpretación que ofrecen del artículo 34.1 del citado Real Decreto-ley:

“Entendemos que la finalidad de esta disposición es la de proteger al contratista que tenga dificultades para poder ejecutar los contratos públicos que le hayan sido adjudicados, debido a la emergencia sanitaria que ha motivado la declaración del estado de alarma. En la medida en que existan contratistas que, pese a dicha situación excepcional, consideren que pueden continuar ejecutando adecuadamente el contrato, podrá no operar su suspensión. De ahí que ésta tenga que ser instada por el propio contratista, previa justificación de las circunstancias que permitan acordarla, y que deberán ser apreciadas por el órgano de contratación.”



En consecuencia, y pese a la literalidad del párrafo primero, la suspensión será acordada por el órgano de contratación cuando aprecie la imposibilidad de ejecutar el contrato, siempre a instancias del contratista, que deberá justificar las circunstancias que enumera el párrafo 7 del artículo 34.1. Una vez acordada la suspensión, sus efectos serán automáticos y se retrotraerán al momento en el que se produjo la situación de hecho que la originó.”

La letra b) del Apartado H.2 de la Comunicación, de 19 de marzo de 2020, se postula en términos análogos, entendiéndose que la suspensión del contrato solo debe producirse cuando se considere que no se puede llevar a cabo adecuadamente la prestación y así lo aprecie y solicite el contratista y lo valore y acuerde el órgano de contratación, dado que en caso contrario podría valorarse continuar con la prestación, siempre que se den las condiciones y requisitos expuestos anteriormente: que no sean de imposible ejecución, que existan razones de interés público para su mantenimiento y que no se alteren la necesidad a satisfacer o el objeto del contrato y se salvaguarden las condiciones esenciales pactadas.

En este punto procede recordar que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), junto a las prerrogativas de las Administraciones Públicas en los contratos administrativos de los artículos 190 y siguientes, tradicionales por otra parte en el derecho público de los contratos, ha establecido un **modelo reforzado de gobernanza para el control de la ejecución los contratos** del sector público, a fin de garantizar la calidad de los servicios públicos afectados por dicha actividad contractual, configurando la norma tres figuras: a) la unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria, b) el responsable del contrato y c) el órgano de contratación, quien, sin duda, asume las máximas responsabilidades en cuanto a las amplias potestades que les atribuye la normativa en los citados artículos.

En el contexto actual, se considera que adquiere un papel relevante la figura del **responsable del contrato**, el Director Facultativo en el caso de los contratos de obras, al que el artículo 62 LCSP atribuye en este ámbito dos funciones esenciales: a) supervisar la ejecución del contrato y b) adoptar las decisiones y dictar las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, y ello sin perjuicio de las restantes funciones que la propia Ley reconoce a esta figura en otros apartados, como los referidos al control de las condiciones especiales de ejecución o la propuesta de imposición de penalidades, entre otros. Como recuerda el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en el Recurso nº 1288/2017:

“...el órgano de contratación podrá designar a una persona física o jurídica, vinculada o ajena al ente contratante, responsable del contrato, la cual supervisará su ejecución y comprobará que se ajusta a lo establecido en el contrato. Además deberá adoptar las decisiones que correspondan y deberá cursar las órdenes y las instrucciones necesarias al contratista con el fin de asegurar que la prestación pactada sea la correcta.



En este orden de cosas, es correcto que el Director del contrato, en el marco de su función de control de la ejecución del contrato, asuma la interpretación técnica de los pliegos rectores del contrato con el fin de dar las instrucciones pertinentes al contratista. Esa función, de carácter sustancialmente técnico, no es asimilable a la de interpretación del contrato.

En sentido parecido, incluso antes de la aprobación de la Ley 9/2017, de 9 de noviembre, de Contratos del Sector Público, el Consejo Consultivo de Contratación Administrativa de Andalucía, en su recomendación 1/2012, de 4 de diciembre, indicaba las funciones que convenía atribuir al responsable del contrato:

“Se recomienda la designación, al amparo del art. 52 del TRLCSP, de un responsable del contrato que, en nombre de la entidad administrativa, y con carácter general, supervisará la ejecución del contrato, adoptará las decisiones oportunas y dictará las instrucciones necesarias con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada.

...

En concreto, se entiende conveniente atribuirle expresamente en los pliegos algunas de las siguientes funciones:

...

f) Establecer las directrices oportunas en cada caso, pudiendo requerir al adjudicatario, en cualquier momento, la información que precise acerca del estado de ejecución del objeto del contrato, de los deberes del adjudicatario, y del cumplimiento de los plazos y actuaciones.

...

h) Dirigir instrucciones al contratista siempre que no suponga una modificación del objeto del contrato ni se oponga a las disposiciones en vigor o a las derivadas de los pliegos y demás documentos contractuales.

....”

Debe apuntarse, por último, tal y como se indicaba en la Comunicación, de 19 de marzo de 2020 de esta Dirección General, que el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, establece un **régimen especial de alcance temporal**, que no supone la inaplicabilidad de la LCSP cuando se den supuestos de hecho no contemplados expresamente en ella, y que incluso pueden exigir la aplicación de prerrogativas como las de interpretación o modificación respecto de contratos afectados por las medida extraordinarias contra la expansión del COVID-19. Es decir, en sentido contrario, nada impide interpretar tampoco la suspensión o la ampliación y prórroga de esos mismos contratos de acuerdo con la LCSP, en aquellos aspectos en que se aprecien lagunas en las normas especiales aprobadas. Asimismo, no resulta



descartable que la suspensión de un contrato pueda ser parcial, tal y como se contempla para las suspensiones ordinarias, porque solo una parte de las prestaciones devenga de ejecución imposible por las medidas, pero el resto puedan ejecutarse con normalidad.

De acuerdo con estos antecedentes jurídicos y de hecho, se formulan las siguientes **conclusiones**:

1. De acuerdo con la letra b) del Apartado H.2 de la Comunicación, de 19 de marzo de 2020, siempre que las prestaciones de los contratos de servicios y suministros de tracto sucesivo no sean de imposible ejecución, existan razones de interés público para su mantenimiento y no se alteren la necesidad a satisfacer o el objeto del contrato y se salvaguarden las condiciones esenciales pactadas, debe valorarse por los órganos de contratación la posibilidad de que, a través de los responsables de los contratos, puedan adoptarse las decisiones que permitan continuar con la ejecución de los contratos vigentes afectados por las medidas extraordinarias contra la propagación del COVID-19-
2. Por analogía con lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-ley, el ajuste en la ejecución del contrato prevista en el anterior punto, debe hacerse de forma preferente dando audiencia al contratista, al que en último caso se le reconoce la facultad de solicitar la suspensión total o parcial de la prestación si resulta de ejecución imposible.
3. Las adaptaciones en el desarrollo de la prestación durante el tiempo que se extiendan las medidas excepcionales, pueden suponer ajustes temporales en el importe de las prestaciones durante ese periodo o en los inmediatamente subsiguientes a la finalización del periodo de vigencia de las medidas, pero esos ajustes no pueden significar en ningún caso una modificación del precio del contrato.
4. Por su carácter coyuntural y por implicar cargas administrativas adicionales para los servicios y los órganos de contratación, en un momento en que la gestión administrativa es intrínsecamente compleja, corresponderá a dichos órganos valorar la procedencia y conveniencia de iniciar los expedientes de interpretación o modificación para resolver las incidencias en la ejecución de los contratos afectados por las medidas extraordinarias, que tendrán que ejercerse, en todo caso, según lo previsto en el artículo 191 LCSP y el resto de normas aplicables.
5. No se excluye la posibilidad de la suspensión parcial de un contrato, cuando solo una parte de las prestaciones devenga de ejecución imposible por las medidas extraordinarias adoptadas contra la propagación del COVID-19, pero el resto puedan ejecutarse con normalidad. Esa suspensión parcial quedará acogida a las disposiciones del artículo 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

