

Responsabilidad contractual en expedientes tramitados por la vía de emergencia durante la pandemia. La “novedosa” preceptiva intervención del Consejo de Estado (u órgano consultivo autonómico equivalente)

07/26/2021

Elena Picó Barandiarán

1. Responsabilidad contractual vs. extracontractual. Zonas grises.

El extracontractual es uno de los frentes de posible responsabilidad de la Administración ante los sacrificios singulares soportados por los particulares como consecuencia de actuaciones adoptadas por los poderes públicos durante los estados de alarma declarados en el contexto de la pandemia del COVID-19 (responsabilidad patrimonial, expropiación forzosa, L.O. 4/1981¹).

Otro de los ámbitos de potencial responsabilidad del sector público, especialmente ante la proliferación de las contrataciones de emergencia en tiempos de pandemia, es el contractual.

Un voluminoso cuerpo jurisprudencial, en el ámbito civil y en el contencioso-administrativo, se ha encargado de delimitar ambos tipos de responsabilidad. Las fronteras no están siempre claras y en ocasiones se presentan supuestos grises o mixtos²:

(I) La *responsabilidad contractual* presupone la existencia de un vínculo o relación jurídica de esta naturaleza.

El daño se manifiesta como consecuencia de un defectuoso cumplimiento —o directamente incumplimiento— de lo pactado.

Los casos tradicionalmente analizados por los tribunales versan sobre relaciones contractuales articuladas fuera del marco legal (p. ej., contrataciones verbales sin que concurra una auténtica emergencia), declaradas nulas o sobre modificaciones irregulares (p. ej., sin seguir los cauces procedimentales o careciendo de los requisitos sustantivos legalmente exigidos).

El fundamento del deber de resarcir al contratista en estos supuestos está en la figura del enriquecimiento injusto, originaria del derecho civil y plenamente operativa en el ámbito del derecho público. Ese enriquecimiento se produciría si la entidad contratante no abonase al contratista la obra, el servicio o el suministro efectivamente realizado a su satisfacción.

El deber de resarcir al contratista por las suspensiones temporales de contratos públicos como consecuencia del COVID-19 es otro ejemplo de responsabilidad de índole contractual³.

(II) Por descarte, la *responsabilidad extracontractual* es aquella que tiene lugar fuera de un contexto contractual. Es decir, cuando no hay entre las partes una relación jurídica previa constituida (tan siquiera nula).

(III) Los *supuestos mixtos o zonas grises* admiten la presencia de una relación contractual. El origen de la reclamación resulta, sin embargo, ajeno al negocio pactado y no tiene que ver con el cumplimiento del contrato. Se trata de daños que están fuera de la naturaleza del negocio, aunque puedan acaecer durante su ejecución. La jurisprudencia se refiere singularmente a casos en los que se lesionan bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, considerados merecedores de protección independientemente de la existencia de un contrato.

Esta diferenciación no es puramente conceptual. Tiene importantes efectos prácticos a la hora de articular y resolver, respectivamente, una reclamación. Desde el punto de vista procedimental, el cauce y el marco jurídico difieren (responsabilidad patrimonial, expropiación forzosa, contratación pública, etc.) y también pueden variar el orden jurisdiccional competente y los plazos de prescripción de la acción.

2. Fundamento jurídico de la responsabilidad contractual, en particular ante las contrataciones tramitadas por la vía de emergencia.

El carácter formal de la contratación pública en nuestro ordenamiento implica que las contrataciones verbales, salvo en el caso excepcional de las situaciones de emergencia, están vedadas.

La emergencia es una forma de tramitación de expedientes de contratación (como lo son la ordinaria o la urgente). Está reservada para situaciones límite en las que los agentes sujetos a la aplicación de la normativa de contratos públicos (normalmente del sector público) deben actuar de manera inmediata. Situaciones como las acontecidas con motivo de la grave crisis sanitaria provocada por esta pandemia (artículos 37.1 y 120 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, “**LCSP**”, y 16⁴ 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).

La exceptuación de las formalidades ordinarias por la necesidad de atender inmediatamente la emergencia no excluye que puedan posteriormente satisfacerse los principios básicos de publicidad y transparencia. Es lo que recomendó precisamente la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su nota informativa: que *“incluso en los limitados supuestos en que se acuda a la contratación verbal, se proceda a documentar adecuadamente la adjudicación y formalización del contrato”*⁵.

Una vez ejecutadas las actuaciones objeto de la tramitación excepcional de emergencia, resulta íntegramente aplicable el régimen de contratación común en relación con el cumplimiento, recepción y liquidación de la prestación (artículo 120.1.d de la LCSP).

El fundamento de la responsabilidad contractual se encuentra —como avanzaba— en la institución del enriquecimiento injusto, originaria del derecho civil y perfectamente extrapolable a la contratación pública cuando el *“enriquecido injustamente”* es el contratante.

La mayoría de los supuestos abordados por la jurisprudencia han sido negocios jurídicos carentes de expediente formal de contratación o de modificación, o casos en los que estos contratos se declaran nulos⁶. Las referencias a contrataciones de emergencia son residuales, lo

cual probablemente se explique por el hecho de que, hasta esta grave crisis sanitaria, las situaciones de verdadera emergencia, que justificaban una tramitación sin las formalidades y rigores propios de la compra pública, eran infrecuentes.

La doctrina del enriquecimiento injusto está conformada por una serie de requisitos desarrollados por los tribunales que, proyectados sobre supuestos de contrataciones de emergencia, pueden resumirse en estos tres:

(I) *Enriquecimiento y correlativo empobrecimiento*: el enriquecido puede ser el ente contratante que recibe un servicio/obra/suministro a satisfacción del interés público que tiene encomendado, mientras que el empobrecido puede ser el operador económico si la liquidación del contrato tramitado por la vía de emergencia no compensa íntegramente el desequilibrio patrimonial que ha asumido en la realización de la contratación.

El supuesto podría darse también a la inversa: si, habiéndose recibido por el contratista abonos a cuenta de precios provisionales⁷, de la liquidación final resultase que los costes realmente incurridos fueron inferiores.

En cuanto a la valoración del daño, la jurisprudencia viene admitiendo que al coste de los medios empleados se añadan, como conceptos igualmente resarcibles, los gastos generales, el beneficio industrial y los intereses de demora⁸. El razonamiento es el siguiente: de otra forma no se alcanzaría la justa (en términos de equidad material) reparación del desequilibrio provocado por los trabajos realizados. La propiedad recibiría un servicio/obra/suministro que le habría costado menos que su valor de mercado, y el contratista se vería injustamente perjudicado, ya que habría trabajado a cambio solo del importe de los medios aportados.

Este planteamiento de resarcimiento integral concuerda a la perfección con las prescripciones legales que imponen a todo órgano de contratación garantizar que el presupuesto y el valor estimado de las contrataciones ordinarias cubran suficientemente los costes del servicio conforme “a precios de mercado” (artículos 100 y 101 de la LCSP).

(II) *Realidad del encargo y relación causal* entre la contratación de emergencia y el empobrecimiento del contratista.

(III) *Inexistencia de mala fe*: la prestación del contratista no debe obedecer a su propia iniciativa ni revelar mala fe. Debe tener su origen en actuaciones del sector público que hubieran generado razonablemente en él la creencia de que le incumbía un deber de colaboración (confianza legítima en el encargo).

3. La “novedosa” preceptiva intervención del Consejo de Estado (u órgano consultivo autonómico equivalente).

Una última cuestión que merece un breve comentario es el siguiente aspecto de la tramitación de las reclamaciones contractuales (con motivo de la pandemia o fuera de ella): la preceptividad de la intervención del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente en cada Comunidad Autónoma incorporada de forma novedosa por la vigente LCSP (artículo 191.3.c).

Así es, a los procedimientos en los que tradicionalmente venía resultando preceptivo el dictamen del Consejo u órgano autonómico análogo (interpretación, nulidad y resolución contractual con oposición del contratista y determinadas modificaciones), el legislador de contratos en 2017 añadió el de las reclamaciones contractuales, en los siguientes términos:

“Artículo 191 Procedimiento de ejercicio

(...)

3. No obstante lo anterior, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma respectiva en los casos y respecto de los contratos que se indican a continuación:

(...)

c) Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros. Esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma”.

El precepto habilita a las Comunidades Autónomas, de la misma forma que sucede en el ámbito de la responsabilidad patrimonial⁹, a reducir la cuantía cuya superación determina la participación del órgano consultivo.

En su informe nº 5/2018, la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi explica el origen y finalidad de esta incorporación al elenco de casos de intervención necesaria de estos órganos: el acogimiento del criterio advertido por el Consejo de Estado durante la tramitación del anteproyecto de la LCSP¹⁰. El interés de este informe reside también en los razonamientos que desarrolla la Comisión sobre las dudas interpretativas que suscita esta adición de la LCSP (ubicación sistemática y aplicación temporal).

¹ MAGIDE HERRERO, Mariano: “Responsabilidad patrimonial de la Administración y COVID-19”, en ALONSO TIMÓN, Antonio J. (coordinador): Visión crítica de la gestión del COVID-19 por la Administración, Madrid: Francis Lefebvre, 2021, págs. 155-175.

² Sentencias del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección 7.ª, de 25 de julio de 2000, rec. 368/1996, Sección 6.ª, de 18 de junio de 1999, rec. 3032/1995 y (Sala Civil) de 4 de marzo de 2009, rec. 489/2004.

³ Acuerdo nº 1/2021 de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

⁴ Artículo 16 que ha sido expresamente derogado por la disposición derogatoria única del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

⁵ La nota informativa, que no está fechada, puede consultarse [aquí](#) [fecha de consulta: 08.06.21].

⁶ Sentencias del TS de 18 de junio de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección 7ª, rec. 2000/1999, de la AN de 3 mayo de 2017 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de septiembre de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección 8ª, rec. 1159/2011, y de 25 de mayo 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección 1ª, rec. 08551/2003, o del TSJ de Cantabria de 12 de noviembre de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección 1ª, rec. 116/2013.

⁷ Abonos exentos de ser garantizados en el contexto de la pandemia, ex disposición final sexta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-

19.

⁸ Sentencias del TSJ de Andalucía de 31 de octubre de 2017 (Granada, Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección 1ª, rec. 1020/2014, y de 17 de enero de 2006 (Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección 1ª, rec. 1326/2002.

⁹ P. ej., Decreto 73/2011, de 12 de abril, de modificación del límite mínimo de cuantía en los asuntos sobre responsabilidad patrimonial que deban ser dictaminados por la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi.

¹⁰ Criterio del Consejo de Estado que reproduce así el informe:

“Sin embargo, en el ámbito de la contratación pública, dada la redacción vigente del artículo 22.13 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, puede cuestionarse el carácter preceptivo de la intervención del Consejo de Estado. La intervención tradicional de este Alto Cuerpo Consultivo en los expedientes de responsabilidad contractual ha permitido sentar una aquilatada doctrina, que ha coadyuvado a resolver las dudas interpretativas que, por ejemplo, han ido surgiendo al valorar la indemnización de daños y perjuicios a que los contratistas tienen derecho en los supuestos de suspensión contractual.

Por ello, resulta de todo punto conveniente que, en la regulación de los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos y en relación con ellos, se afirme con claridad –para evitar las dudas actuales– el carácter preceptivo al dictamen del Consejo de Estado en la tramitación de cualquier reclamación dirigida a la Administración del Estado con fundamento en la responsabilidad contractual en que esta pudiera haber incurrido, a partir de cierta cuantía (que podría fijarse también en 50.000 euros, en consonancia con la responsabilidad extracontractual)”.