

Dictamen nº: **140/20**

Consulta: **Consejero de Sanidad**

Asunto: **Contratación Administrativa**

Aprobación: **19.05.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 19 de mayo de 2020, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con el expediente sobre modificación y prórroga del contrato *“Póliza de seguro de responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Madrileño de Salud”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 12 de mayo 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora una solicitud de dictamen preceptivo formulada por el consejero de Sanidad, con carácter de urgencia, sobre el expediente de prórroga y modificación del contrato de *“Póliza de seguro de responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Madrileño de Salud”* (en adelante, “*el contrato*”) suscrito con SOCIÉTÉ HOSPITALIÈRE D’ASSURANCES MUTUELLES (SHAM) SUCURSAL EN ESPAÑA (en adelante, “*la contratista*”).

A dicho expediente se le asignó el número 183/20, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

Al observar que el expediente se encontraba incompleto, al amparo de lo establecido en el artículo 19.2 del ROFCJA se solicitó diversa documentación. La documentación solicitada tuvo entrada en esta Comisión Jurídica Asesora el mismo día de su solicitud, 13 de mayo de 2020, reanudándose el plazo para la emisión del dictamen.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo de urgencia establecido en el artículo 23.2 del ROFCJA y con la máxima celeridad, puesto que el día 23 de mayo el contrato perdería su vigencia.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Rosario López Ródenas, quien formuló y firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 19 de mayo de 2020.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, se extraen los siguientes hechos, de interés para la emisión del dictamen:

1.- El expediente de contratación del contrato que nos ocupa se inicia por resolución de la Secretaría General del Servicio Madrileño de Salud el 1 de febrero de 2018 y mediante resolución del viceconsejero de Sanidad de 28 de febrero de 2018 se aprueban los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) del contrato de servicios “*Póliza de seguro de responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Madrileño de Salud*”, a adjudicar por procedimiento abierto con pluralidad de criterios.

El PCAP recoge en la cláusula primera, apartado 1, el objeto del contrato y comprende: “*el aseguramiento de las responsabilidades económicas del Servicio Madrileño de Salud y sus empleados, derivadas de la actividad profesional, patronal y de explotación que desarrollan, descrito y especificado en el Anexo X "Póliza del Seguro de Responsabilidad Civil Patrimonial" al que se remite el presente pliego de cláusulas administrativas*”. Según expresa el apartado 2, se trata de un contrato sujeto a regulación armonizada. En cuanto al plazo de ejecución el apartado 16 prevé que “*será el comprendido entre las 00 horas del día 3 de noviembre de 2018 y las 24 horas del 2 de noviembre de 2019. En caso de sobrepasar la fecha de comienzo indicada, se efectuarán los reajustes anuales correspondientes, finalizando en cualquier modo a las 24 horas del 2 de noviembre de 2019 y siendo la vigencia de la póliza de seguros, en todo caso, desde 00 horas del día 3 de noviembre de 2018 y las 24 horas del 2 de noviembre de 2019*”. La duración del contrato incluidas las prórrogas no será superior a dos años y el apartado 17 no contempla modificaciones en el contrato.

En cuanto al régimen jurídico del contrato, la cláusula segunda del PCAP expresa que “*tiene carácter privado. Las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y en su correspondiente póliza de seguro, todo ello de carácter contractual*.

Para lo no previsto en los pliegos, el contrato se regirá por la legislación básica del Estado en materia de contratos públicos: Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), salvo aquellas disposiciones que resulten contrarias al derecho comunitario directamente aplicable”.

También interesa destacar del PCAP, las cláusulas 23 y 25.

Así, la cláusula 23 sobre la “prórroga del contrato”, establece: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la cláusula anterior, el contrato podrá prorrogarse de forma expresa y por mutuo acuerdo de las partes antes de su finalización, sin que las prórrogas, consideradas aislada o conjuntamente, puedan exceder del plazo fijado originariamente, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 303 del TRLCSP.

La garantía definitiva constituida inicialmente se podrá aplicar al período de prórroga sin que sea necesario reajustar su cuantía, salvo que junto con la prórroga se acuerde la modificación del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 del RGCPMC”.

Por su parte, la cláusula 25 bajo la rúbrica “modificación del contrato” expresa: “El órgano de contratación podrá acordar, una vez perfeccionado el contrato y por razones de interés público, modificaciones en el mismo en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 211 del TRLCSP, justificándolo debidamente en el expediente. En lo concerniente a su régimen se estará a lo dispuesto en los artículos 106, 107, 108, 210, 219 y 306 del TRLCSP.

En el apartado 17 de la cláusula 1 se especifican, en su caso, las condiciones, el alcance, los límites y el procedimiento de las modificaciones previstas.

Las modificaciones no previstas en el apartado 17 de la cláusula 1 sólo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 107 del TRLCSP. Estas modificaciones no podrán alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación y deberán limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que las haga necesarias.

Las modificaciones del contrato que se produzcan durante su ejecución, se publicaran en el Portal de la Contratación Pública -Perfil de contratante.

En las modificaciones no previstas en la contratación original, deberá además enviarse previamente un anuncio para su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, que contendrá la información indicada en el formulario normalizado del anexo V parte G de la DN”.

Figura como anexo X del PCAP la póliza del seguro de responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Madrileño de Salud.

2.- Previa licitación, el contrato se adjudica a la contratista mediante resolución del viceconsejero de Sanidad el 4 de julio de 2018 por un precio total de 12.733.425,00 euros y un plazo de ejecución de 12 meses, desde las 00.00 horas del día 3 de noviembre de 2018 hasta las 24 horas del día 2 de noviembre de 2019.

El contrato se formaliza el 20 de agosto de 2018. En virtud del contrato, el contratista se compromete a la ejecución de la póliza del seguro de responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Madrileño de Salud, con estricta sujeción a lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Del clausulado del contrato interesa destacar que tiene carácter privado y en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas se regirá por la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado. En cuanto a sus efectos y extinción, se regirá por el derecho privado, por el PCAP y la legislación en materia de seguros (cláusula primera). Sobre su vigencia, la

cláusula sexta contempla que se extiende desde el 3 noviembre de 2018 al 2 de noviembre de 2019 con posibilidad de prórroga de forma expresa y por mutuo acuerdo, por un periodo de 12 meses, siendo la duración máxima del contrato, incluida la prórroga, de 2 anualidades.

3.- El 7 de octubre de 2019 se formaliza la primera prórroga del contrato, por un periodo de seis meses comprendido, entre las 00:00 horas del día 3 de noviembre de 2019 y las 24:00 horas del día 2 de mayo de 2020 y por un importe de 6.366.712,50 euros.

4.- El 2 de mayo de 2020 se formaliza la segunda prórroga del contrato por un periodo de siete días, comprendido entre las 00:00 horas del día 3 de mayo de 2020 y las 24:00 horas del día 9 de mayo de 2020 y por un importe de 243.535,45 euros.

5.- Figura en el expediente una propuesta del contratista de 5 de mayo de 2020 de modificación y prórroga del contrato, a solicitud del Servicio Madrileño de Salud; en la que, basándose en hipotéticas reclamaciones y pronunciamientos judiciales, se actualiza y cuantifica económicoamente el riesgo asegurado agravado por la gestión sanitaria provocada por el COVID-19. La propuesta se acompaña de una nota informativa técnica elaborada por la empresa mediadora de seguros del SERMAS.

6.- El 5 de mayo de 2020 la viceconsejera de Asistencia Sanitaria firma una memoria económica para la prórroga y modificación del contrato para el periodo comprendido entre el 24 de mayo de 2020 y el 2 de noviembre de 2020. En la memoria, tras un análisis de la normativa aplicable, justifica la modificación del contrato en la agravación del riesgo provocado por hipotéticas y previsibles reclamaciones que puedan formularse por el COVID-19, evalúa económicoamente el incremento estimado del riesgo teniendo en cuenta tablas y diferentes escenarios (en idénticos términos a los

contemplados en la nota informativa técnica, elaborada por la empresa mediadora de seguros del SERMAS) para determinar el importe de la “*sobreprima que se aplicaría para equilibrar las condiciones contractuales a la nueva situación generada por la crisis sanitaria del COVID-19 en el SERMAS, no previstas (por resultar imposible) cuando se formalizó el contrato de seguro. Asimismo, la cuantía resultante de la agravación es la que se justifica para hacer frente a las reclamaciones ya formuladas desde el 2 de mayo de 2020 o que se puedan presentar en el futuro hasta el 2 de noviembre de 2020 y notificadas hasta 6 meses posteriores a esa fecha*”.

7.- Mediante resolución de 6 de mayo de 2020 la viceconsejera de Asistencia Sanitaria autoriza el inicio y ordena la tramitación del expediente de prórroga (cuarta) y modificación del contrato por un periodo comprendido entre el 24 de mayo y el 2 de noviembre de 2020 con un presupuesto de 11.087.338,91 euros, “*ante el próximo vencimiento de la tercera prórroga (...) y la situación excepcional sobrevenida por circunstancia de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (...) estando prevista dicha posibilidad jurídica en el apartado 2.4 de la Sección 2ª de la Póliza del Seguro, así como en la sexta del contrato, (...) y en el artículo 107 del RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba la Ley de Contratos del Sector Público*”.

8.- Con idéntica fecha el secretario del Servicio Madrileño de Salud certifica que “*Que conforme al criterio establecido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el informe 43/2008 y en la Circular nº 1/2011 de la Abogacía General del Estado, a los contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 9/2017, en aplicación de la Disposición Transitoria primera, apartado 2, le es de aplicación la vigente ley en todo lo relativo a la ejecución, efectos y extinción del contrato, aun cuando sea distinta de la anterior*”.

9.- El 7 de mayo de 2020 el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de prórroga (cuarta) y modificación del contrato.

10.- El mismo día, 7 de mayo de 2020 se formaliza la tercera prórroga del contrato por un periodo de catorce días, desde las 00:00 horas del día 10 de mayo de 2020 hasta las 24 horas del día 24 de mayo de 2020 y por un importe de 487.070,90 euros.

11- Se ha incorporado al expediente una memoria justificativa de la prórroga (cuarta) y modificación del contrato de 11 de mayo de 2020, a la que posteriormente nos referiremos.

12.- Con idéntica fecha, 11 de mayo de 2020 la intervención general emite informe respecto a la propuesta de prórroga (cuarta) y modificación del contrato. En sus conclusiones considera procedente solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, con carácter previo a la autorización del modificado y del gasto por el Consejo de Gobierno y a la aprobación de la modificación por el órgano competente; considera viable y ajustada a derecho la cuarta prórroga del contrato hasta el 2 de noviembre de 2020 por un importe de 4.918.802,18 euros; considera razonable que se proceda a la modificación del contrato, por causa sobrevenida, no prevista en los pliegos, derivada de la agravación de los riesgos cubiertos por el contrato de seguro como consecuencia de la pandemia COVID-19. En cuanto a los importes económicos de la modificación propuesta, aceptados por las partes, considera que su determinación excede del alcance técnico de la Intervención y finalmente concluye que deberán subsanarse las observaciones recogidas en el cuerpo del informe.

13.- El 12 de mayo de 2020 la interventora general entiende subsanados los defectos observados en el informe anterior e informa que procede continuar la tramitación del expediente a efectos de su

elevación a la Comisión Jurídica Asesora para su dictamen, si así se estima procedente.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La petición de dictamen se ha de entender realizada al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.3 f) d. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, a cuyo tenor la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada en los expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid en los supuestos de “*aprobación de pliegos de cláusulas administrativas generales, interpretación, nulidad y resolución de los contratos administrativos y modificaciones de los mismos en los supuestos establecidos por la legislación de Contratos de las Administraciones públicas*”.

La solicitud de dictamen se ha formulado por el consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del ROFCJA.

El presente acuerdo ha sido evacuado sin perjuicio de la suspensión de plazos administrativos establecida en la disposición adicional 3^a 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.

SEGUNDA.- En cuanto a la normativa aplicable, tal y como resulta de los antecedentes de hecho, es de resaltar que el contrato del que trae causa el presente procedimiento fue adjudicado por Resolución del viceconsejero de Sanidad de 4 de julio de 2018, si bien el expediente se inició 1 de febrero de 2018. Dado que desde que se inicia el expediente hasta la adjudicación, se produce un cambio normativo, para determinar el régimen jurídico aplicable a la prórroga y modificación contractual ha de partirse de lo establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria primera de la vigente 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 (en adelante, LCSP/17), a cuyo tenor “*Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior*”.

No obstante el carácter no pacífico de la transitoriedad de la citada norma, como se ha puesto de manifiesto en el informe 2/2020, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre interpretación de la disposición transitoria primera de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado con el voto particular de la Abogacía General y la Intervención General, al contrato que nos ocupa resulta aplicable la LCSP/17, tanto desde el punto de vista sustantivo como procedural.

Con carácter subsidiario, a tenor de la disposición final cuarta, apartado 1, de la LCSP/17, se aplicarán los preceptos de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

Además, ante la falta de un desarrollo reglamentario en la materia de las disposiciones vigentes en materia de contratación del sector público, debe considerarse aplicable el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP).

En el presente caso, nos encontramos con un contrato que tiene por objeto el aseguramiento de las responsabilidades económicas del Servicio Madrileño de Salud y sus empleados, derivadas de la actividad profesional, patronal y de explotación que desarrollan, descrito y especificado en el Anexo X “*Póliza de Responsabilidad Civil Patrimonial*” y, en consecuencia, tiene carácter privado, tal como resulta de la cláusula 2 del PCAP.

Se trata, además, de un contrato sujeto a regulación armonizada, de conformidad con el artículo 40 del TRLCSP, vigente al tiempo de la redacción y aprobación del PCAP tal y como recogen, el punto 4 de la cláusula 1 del PCAP y la cláusula 34 que dispone “*el contrato está sujeto a regulación armonizada, siendo susceptibles de recurso especial en materia de contratación*” y que “*también son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego, la subcontratación y la resolución de los contratos, solo en tanto se cuestione el cumplimiento de las exigencias que, con efecto directo, establece el Derecho de la Unión Europea*”.

Al tratarse de un contrato privado sujeto a regulación armonizada, de conformidad con el artículo 26 LCSP/17, en cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, “*salvo lo establecido en los artículos de la misma relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos*”. En consecuencia, la modificación

propuesta, no prevista en los pliegos, habrá de ajustarse a lo establecidos en los artículos 203 y ss. de la LCSP/17.

El artículo 203 LCSP/17 exige que los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstas en los artículos siguientes, “*de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207*”.

En concreto, al tratarse de una modificación no prevista en los pliegos, resulta de aplicación lo establecido en el artículo 205 LCSP/17, con las especialidades procedimentales previstas en el artículo 207, que exige que el órgano de contratación deberá publicar en el “*Diario Oficial de la Unión Europea*” el correspondiente anuncio de modificación conforme a lo establecido en esta Ley, así como en el perfil del contratante del órgano en el plazo de 5 días desde la aprobación de la misma, “*que deberá ir acompañado de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieran recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos aquellos aportados por el adjudicatario o los emitidos por el propio órgano de contratación*”.

Por su parte el apartado 4 del artículo 207 LCSP/17 dispone que “*lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el artículo 191*”.

Este artículo 191 LCSP/17 regula el procedimiento de ejercicio de las prerrogativas de la Administración Pública en los contratos administrativos entre las cuales figura la modificación de los mismos. En todos estos procedimientos “*deberá darse audiencia al contratista*” (ex. Artículo 191.1); deberán ser adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos previstos en los artículos 109 y 195, en la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad

Social y demás Administraciones Pùblicas integrantes del sector pùblico estatal (191.2) y “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: (...) b) Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6.000.000 de euros” (191.3).

El apartado 2º del artículo 191 TRLCSP exige, en el ámbito de la Administración General del Estado, el informe del Servicio Jurídico. Consta en el procedimiento el informe favorable emitido por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad.

En relación con el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, podría considerarse que, al encontrarnos con un contrato privado, no fuera necesario el dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la comunidad autónoma equivalente, sin embargo, teniendo en cuenta que el artículo 319 LCSP/17, relativo a los contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Pùblicas, que también son privados, sí contempla expresamente este dictamen para el caso de las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, “siempre que su importe sea igual o superior a 6.000.000 de euros y la cuantía de la modificación, aislada o conjuntamente, fuera superior a un 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido”, debe concluirse que el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora es preceptivo.

En el presente caso, la modificación que se propone representa un aumento del 42,81% del precio de adjudicación del contrato (12.733.425 €), por lo que resulta preceptivo el dictamen.

Para concluir los aspectos procedimentales, el artículo 102 del RGLCAP exige la redacción de la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoran la modificación que se pretende realizar, la audiencia al contratista y la fiscalización del gasto correspondiente.

A estos efectos consta en el expediente una memoria en la que se describe, valora y justifica la modificación, así como escrito de la empresa contratista favorable a la modificación y prórroga del contrato desde el 24 de mayo a las 00 horas al día 2 de noviembre de 2020 a las 24 horas en un importe de prima 11.087.338,91 euros, ante la situación causada por el COVID-19, al tratarse de una situación sobrevenida, desconocida e imprevisible, agravatoria del riesgo asegurado, manteniéndose sin cambios todo el resto de condiciones y términos de la actual póliza.

Por todo ello ha de concluirse que se han cumplimentado adecuadamente los trámites establecidos para las modificaciones de contratos administrativos.

TERCERA.- Analizados los aspectos procedimentales, procede examinar a continuación la conformidad a derecho de la modificación propuesta.

La modificación unilateral (*ius variandi*) de los contratos ha sido una de las tradicionales prerrogativas exorbitantes de la Administración en la contratación administrativa frente a la regla general (*pacta sunt servanda*) del derecho privado recogida en el artículo 1256 del Código Civil “*l]a validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*”.

Esta prerrogativa exige como presupuesto previo la concurrencia de razones de interés público, tal y como establece expresamente el

artículo 203 LCSP/17. En el presente expediente la propuesta de resolución de modificación no justifica esas razones que sí se recogen en la memoria justificativa al declarar:

“La persistencia de la necesidad de este servicio, no debiendo quedar interrumpida la cobertura del referido seguro, cuya necesidad se estima inaplazable para el interés público, que no es posible diferir en el tiempo, toda vez que está próximo el vencimiento del tercer período de prórroga del vigente contrato, el próximo día 23 de mayo de 2020”.

En este sentido, la Memoria pone de manifiesto cómo la Comunidad de Madrid, está siendo una de las Comunidades Autónomas más afectadas por la pandemia del COVID-19, *“provocando una presión a nivel asistencial sin precedentes, y dado que esta pandemia va a afectar a la actividad sanitaria ordinaria sin duda alguna, durante un plazo de tiempo imposible de definir, es necesario que todos los esfuerzos por realizar la actividad ordinaria y la extraordinaria como la que se refiere a la pandemia citada, deban estar convenientemente asegurados y dotados de una cobertura que el contrato de seguro vigente puede continuar aportando si éste se prorroga hasta el 2 de noviembre de 2020”.*

No obstante, la facultad de modificación de los contratos ha sido objeto de una especial atención en el derecho europeo de contratos, sobre todo desde la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004 Succhi di Frutta (C-496/99).

La jurisprudencia europea considera que un abuso de las modificaciones contractuales afecta negativamente a los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia, obstaculizando el desarrollo de una competencia sana y efectiva. En este sentido la

sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (T-235/11).

Esta jurisprudencia motivó la necesaria reforma de la normativa española en lo relativo a las modificaciones contractuales por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que modificó la entonces vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y autorizó al Gobierno a elaborar el TRLCSP, actualmente derogado.

Así el artículo 105 del TRLCSP establecía que los contratos sólo podrán modificarse “*(...) cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107*”. Actualmente, el artículo 203.2 LCSP/17 contempla la modificación del contrato durante su vigencia cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos establecidos en el artículo 204 y, excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.

En el presente caso, el PCAP no contempla la posibilidad de modificación del contrato, por lo que habrá que estar a la regulación prevista en el artículo 205 LCSP/17 que permite las modificaciones del contrato no previstas en el PCA.

De los tres tipos de modificaciones imprevistas contemplados en el artículo 205 LCSP/17, la modificación que nos ocupa, no encaja ni en una prestación adicional ni tampoco de una modificación no sustancial, por lo que procede examinar si se trata de la regulada en el artículo 205.1.b) LCSP/17 por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación y que exige que 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”.

En relación con la primera de las condiciones, la justificación de su cumplimiento se encuentra en la propuesta de resolución de prórroga y modificación del contrato, y en la memoria explicativa de la necesidad de misma. De dichos documentos resulta que la modificación del contrato es consecuencia de la incidencia de la pandemia del COVID-19, como una circunstancia sobrevenida que no se habría podido tener en cuenta al tiempo de la licitación.

En este sentido, como se ha indicado anteriormente, la Memoria justificativa de la urgencia para la tramitación de la prórroga y modificación del contrato, de 12 de mayo de 2020 pone de manifiesto cómo la Comunidad de Madrid, está siendo una de las Comunidades Autónomas más afectadas por la pandemia del COVID19, lo que ha provocado una presión a nivel asistencial sin precedentes, “*y dado que esta pandemia va a afectar a la actividad sanitaria ordinaria sin duda alguna, durante un plazo de tiempo imposible de definir, es necesario que todos los esfuerzos por realizar la actividad ordinaria y la extraordinaria como la que se refiere a la pandemia citada, deban estar convenientemente asegurados y dotados de una cobertura que el contrato de seguro vigente puede continuar aportando si éste se prorroga hasta el 2 de noviembre de 2020*”.

La Memoria se apoya en el propio 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 que “*califica la situación como de extrema gravedad y excepcional*”, y considera que “*esa situación tiene una clara incidencia de forma agravada en el riesgo sanitario/asistencial en los profesionales y en los recursos del sistema sanitario del SERMAS*”.

Debe tratarse, además, de una situación imprevisible, esto es, acontecimientos que no pudieron ser tenidos en cuenta en el momento de celebrar el contrato e independientes de la voluntad. En este sentido, el artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE hace referencia a la existencia de “*circunstancias que un poder adjudicador diligente no hubiera podido prever*”.

Sobre el carácter imprevisible de una situación se pronuncia, el Informe de la JCCA 5/2010, de 23 de julio de 2010, sostiene que “*para la determinación de si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación de un contrato y que afecta a la ejecución del mismo es o no imprevista deben tenerse en cuenta dos ideas básicas. De una parte que tal circunstancia, de conformidad con las reglas del criterio humano hubiera podido o debido ser prevista y, en segundo lugar, que la falta de previsión no se haya debido a negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la preparación del contrato*”.

Y respecto al riesgo imprevisible, la sentencia de la sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de junio de 2018 (recurso 391/2018) recoge:

“*la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre del 2003 afirma que la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la*

cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado, y la STS de 19 de enero de 1998 dice que cuando por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, se produce con ello en la relación jurídico-contractual que vincula a las partes, un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza, que el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella, sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo prever, incluso empleando una diligencia fuera de las normas en este tipo de contrataciones, entonces y en este último supuesto ha de acudirse a la aplicación de la doctrina de "riesgo razonablemente imprevisible" como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista, es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes".

Ciertamente, la pandemia por el COVID-19 se trata de una situación imprevisible que no pudo ser tenida en cuenta por el SERMAS al tiempo de la licitación con unos efectos mucho más devastadores que los sufridos en anteriores pandemias como la de la gripe A o el SARS.

La situación creada por el COVID-19 ha producido unos efectos que pone de manifiesto la Memoria Económica:

“1. La prestación sanitaria habitual y programada se ha visto suspendida por la atención prioritaria y urgente de los afectados por el COVID-19. Esa suspensión no significa que en el futuro no se tenga que prestar por el SERMAS, es evidente que tendrá que hacerse, y por ello cuando la pandemia disminuya y se de paso a la asistencia sanitaria normal habrá una demanda de prestación de los diferentes servicios que puede incluso provocar saturación de los mismos (posteriormente se valora económicamente esa agravación del riesgo).

2. El previsible incremento de las reclamaciones está provocando que el mercado de seguros/reaseguro de responsabilidad nacional e internacional esté significativamente muy sensible a la respuesta que los tribunales de justicia vayan a dar a ese presumible aumento de reclamaciones de responsabilidad contra las Administraciones. Esta situación está generando una incertidumbre muy alta, pues entienden que, en caso de reclamaciones de terceros, la exclusión/no imputabilidad por fuerza mayor va a ser dudosa de defender en las primeras fases judiciales, incrementándose en cualquier caso el riesgo de ser declarada la responsabilidad y los gastos de defensa jurídica.

3. Con el objetivo de dar respuesta a la crisis sanitaria provocada por el COVID- 19, se han tenido que incrementar los recursos materiales y profesionales, instalando hospitales de campaña, contratando más recursos humanos y suscribiendo convenios con empresas. Esta plausible gestión a efectos del contrato de seguro de responsabilidad sanitaria genera más exposición de riesgo, aunque defendamos, como así es, que el mayor riesgo puede provocar en este concreto supuesto menor siniestralidad por haber dispuesto

más medios en la prestación del servicio. Este riesgo está subsumido en el punto 1 y 2”.

El contrato de seguro vigente no excluye la responsabilidad patrimonial por el COVID-19, “*siempre que exista una resolución administrativa o judicial que determine que los daños ocasionados al reclamante se deben a una acción u omisión antijurídica de la administración y por lo tanto no sea debida al propio evento extraordinario que por su naturaleza propia, equiparable a la fuerza mayor, quebraría el nexo causal entre el daño y la acción u omisión, no siendo ya antijurídica*”.

Así, el apartado 3.4.16 de la póliza contempla como excluidos “*los daños por hechos de guerra civil o internacional, motín o tumulto popular, terrorismo, terremotos e inundaciones y otros eventos extraordinarios*”.

Ciertamente, los efectos de la pandemia de COVID-19 no están contemplados en las anteriores exclusiones y exceden, por su dimensión y transcendencia económica, de los riesgos que encajan en el principio básico de la contratación de “*riesgo y ventura*” y justifican la modulación de los efectos del contrato mediante su modificación.

Continuando con el examen de las condiciones exigidas por el artículo 205 LCSP/17, este precepto exige que junto con el acaecimiento de un hecho imprevisible se deben respetar dos límites: la preservación de la naturaleza global del contrato y no sobrepasar determinados umbrales cuantitativos.

Sobre la primera cuestión relativa a la no alteración de la naturaleza global del contrato, salvo que la modificación propuesta al resultar imprevisible no pudo ser tenida en cuenta por el resto de los licitadores a la hora de presentar sus ofertas, no se introducen otras variaciones y, como pone de manifiesto el informe de la Intervención

General de la Comunidad de Madrid “se indica en la justificación de la propuesta que la adjudicataria deberá cumplir las condiciones del contrato, sin modificación alguna durante la prórroga, lo que se recoge también su la aceptación (sic) de la empresa, conforme a lo cual no se vería alterada la naturaleza global del contrato”.

En relación con el tercero de los requisitos previstos en el artículo 205.2.b) 3º LCSP/17, la incidencia del incremento sobre el precio inicial del contrato alcanza a un 42,8% por lo que no supera el límite legal.

En consecuencia, la propuesta de prórroga y modificación del contrato sometida a dictamen se fundamenta en una situación imprevisible, excepcional y de extrema gravedad ocasionada por el COVID-19 y su incidencia en el agravamiento del riesgo en el ámbito sanitario/asistencial, por lo que sin perjuicio de que hubiera sido deseable una mayor justificación en el expediente examinado, de los trámites que hayan podido iniciarse para la licitación y adjudicación de un próximo contrato de seguro de responsabilidad civil/patrimonial del SERMAS, estando vigente el contrato, lo que permite su prórroga de mutuo acuerdo y de forma expresa según recoge la cláusula segunda del contrato y cláusula 23 del PCAP, y dado que la modificación se atiene a las exigencias sustantivas y formales previstas en la LCSP, se considera ajustada a derecho la propuesta de prórroga y modificación sometida a consulta.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora extrae la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la prórroga (cuarta) y modificación del contrato “*Póliza de seguro de responsabilidad civil/patrimonial del Servicio Madrileño de Salud*”.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 19 de mayo de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 140/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid