

Reflexiones sobre la función estratégica de la contratación pública en el contexto de la crisis sanitaria COVID-19

03/30/2020

La extensión del virus COVID 19 ha justificado, por su propagación mundial, la declaración de pandemia global, tal como ha sido calificada por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. La situación de alerta sanitaria de máximo nivel ha justificado, ex artículo 116 CE, la declaración del estado de alarma, acordada mediante el 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, en adelante RDEA), obligando, entre otras importantes medidas, a limitación máxima de actividad presencial, lo que ha impactado sobre la ejecución práctica de los contratos públicos vigentes.

Con anterioridad, al declarar la emergencia sanitaria, el Gobierno aprobó también medidas con la finalidad de alinear la contratación pública a la situación de emergencia (Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo). Medidas complementadas por el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo (BOE 18 de marzo). Como se ve, un “paquete jurídico” de medidas excepcionales ante una situación excepcional, que pretende, desde el Derecho, alinear un “escudo sanitario, económico y social” eficaz contra el impacto del COVID 19.

La repercusión jurídica en la contratación pública y en los contratos públicos como consecuencia de la emergencia sanitaria obliga a tener en cuenta distintos aspectos que inciden sobre la ejecución de los contratos públicos, tal y como habían sido diseñados y adjudicados. Y ello porque la pandemia, que debe ser calificada de forma indubitada como fuerza mayor, está obligando a ajustar las necesidades a un nuevo escenario fáctico que no se pudo prever.

La aplicación de las distintas medidas jurídicas que se adopten deben servir de test para determinar el acierto de las mismas y, en especial, para dar cobertura y seguridad jurídica a una situación excepcional difícilmente previsible. Pero el escenario actual exige una interpretación teleológica de las medidas a adoptar que debe prevalecer sobre interpretaciones formales. Y existe unidad de criterio (político y jurídico) en que las distintas medidas adoptadas pretenden activar un escudo económico para proteger a todo nuestro sector productivo (en especial Pymes y autónomos). Proteger el empleo, dotar de liquidez financiera a las empresas, o acompañar las exigencias tributarias a la realidad dinámica de esta crisis son elementos imprescindibles, donde, desde el mayor consenso, hay que ser valientes y no dogmáticos (evitando innecesarios prejuicios ideológicos), activando todo el armamento, tanto público como privado, que se tenga a disposición para que el virus no contamine gravemente nuestra economía.

En esa línea, por lo demás, se encuentra la regulación de la contratación pública, configurada por el Derecho europeo y por la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, como una política pública al servicio de objetivos sociales, ambientales, de protección de PYMEs y fomento de la investigación (art. 1.3 LCSP, de carácter básico). **El artículo 1.3 LCSP supone una clara “innovación” en la comprensión práctica de la contratación pública, renunciando a una filosofía burocrática formal y excesivamente economicista para incorporar, de forma preceptiva, la visión estratégica de la contratación pública, incluyendo**

referencias expresas al valor social y ambiental y la protección de las PYMES. Se abandona así una visión presupuestaria de la contratación pública, que se reorienta a una perspectiva instrumental de implementación de políticas públicas. En especial, se refuerza la posición de los trabajadores en los contratos, estableciendo obligaciones esenciales relativas a la calidad de las condiciones de empleo y de retribución, cuyo incumplimiento puede justificar la resolución del contrato. Y se elimina la posibilidad de “dumping” social mediante precarización de condiciones laborales al establecer la obligación de respetar los convenios sectoriales.

En todo caso, **desde una correcta aplicación del derecho a una buena administración no pueden desconocerse las exigencias de “justicia social”**. He defendido en anteriores trabajos que es tiempo de rearmar un modelo de crecimiento sostenible, que integre lo social, lo ambiental y la equidad como señas de identidad del modelo económico para conseguir un adecuado reequilibrio de riqueza y de derechos y deberes, para avanzar en una sociedad realmente inclusiva. Lo que exige, además de la necesaria convicción, planificación, una verdadera estrategia de objetivos realizables a medio y largo plazo (frente a la improvisación) y una visión no meramente “numérica e insensible” sobre los resultados. Como bien advirtió la Abogado General J. KOKOTT en un procedimiento judicial en la Unión Europea: *“Aunque el sabor del azúcar, en sentido estricto, no es diferente en función de si ha sido adquirido de forma justa o injusta, un producto que ha llegado al mercado en condiciones injustas deja un regusto más amargo en el paladar de los clientes conscientes de la responsabilidad social”*. Educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos, para que **pongan en valor la sostenibilidad social, es el gran reto para poder consolidar un Estado de Derecho que puede enarbolar como principal bandera la de la justicia social, objetivo fundamental del derecho a la buena administración en el siglo XXI**. La situación de pandemia global pone a prueba ahora nuestro paladar.

Conviene desarrollar esta idea de la función estratégica y sus consecuencias en la contratación pública para poder luego determinar la corrección de las medidas, estatales y autonómicas, que se pueden proponer o adoptar para paliar los efectos de la pandemia en los contratos públicos y en la economía. Y en la **estabilidad del empleo, que, no se olvide, es un principio rector constitucional** ex artículo 35 CE (el Derecho al trabajo como parte de esta "Constitución laboral" aparece configurado como un derecho "dinámico" que comprende no sólo su reconocimiento formal, sino también y principalmente el deber de los Poderes públicos de promover su realización efectiva).

Desde esta perspectiva, las medidas adoptadas por el Gobierno sobre la materia, alineadas con este objetivo, quizá resultan insuficientes y se sitúan en un plano convencional. El tema no es si hay que suspender o no el contrato público y que consecuencias tiene sobre las empresas y los trabajadores. **En mi opinión lo importante es preservar la función estratégica del contrato público con motivo de la crisis optando por mantener el empleo como fin principal**. Se trata de una crisis coyuntural (y no estructural) y la respuesta debe ser la que se necesita en este contexto de crisis. Así lo han entendido algunas Comunidades Autónomas (como Andalucía o Cataluña) optando por, cuando no fuera posible continuar con la normal ejecución de los contratos, considerar que se siguen prestando correctamente (ficción legal), **manteniendo así el pago de la parte efectivamente prestada**. Así, se abonarán los gastos salariales de la plantilla imputables a la Administración, así como el resto de costes asociados a la prestación del servicio en las condiciones del contrato adjudicado. Obviamente, desde la lógica del “reparto de riesgos” no se procederá al pago de los costes fungibles, los extraordinarios y cualquier otro no soportado y no vinculado directamente a dicha prestación

del servicio. Esta opción garantiza que las empresas no tengan que cerrar por motivo de las restricciones derivadas del estado de alarma y que los trabajadores reciban sus retribuciones, habida cuenta de que se garantizan los pagos, mejorando sensiblemente la posición fijada por el Estado. Solución que, además, de garantizar paz social, permitirá un relanzamiento rápido de la actividad económica. Existe, pues, margen para nuevas medidas jurídicas en contratación pública con motivo de la pandemia. La empresa, en todo caso, asume la obligación de que ese personal que “ficticiamente” realiza la prestación (a modo de adscripción funcional aunque no material) no es asignado a otras funciones de la empresa, lo que sería un claro fraude. Y, por supuesto, no podrá utilizarse mecanismos de regulación de empleo.

Además, aplicando la regla del artículo 190 LCSP, no hay que descartar la posibilidad de **interpretar y adaptar el objeto de la prestación y la retribución** a una circunstancia de fuerza mayor que se considera que no debe soportar el contratista (ni, indirectamente el trabajador), lo que podría también facilitar soluciones que sirvan de escudo para protección del empleo de las empresas contratistas. El acuerdo de interpretación debería reflejar como se mantiene la equivalencia de lo pactado una vez vencido el estado de alarma, preservando en todo caso la estabilidad del empleo.

En definitiva, no puede desconocerse la capacidad de escudo de la contratación pública, lo que exige pensar nuevas soluciones jurídicas. Lo que está en juego es preservar la máxima eficacia de nuestras políticas preservando, también en esta crisis, la buena administración, recordando la frase de que el “Derecho se adapta a la realidad y no la realidad al Derecho”. Así, **proteger el empleo y la solvencia económica de las empresas contratistas en riesgo como consecuencia de la grave crisis sanitaria, parece un claro objetivo global de política pública cuyo ejercicio no puede ser cuestionado.**

Una última idea ¹. El escenario actual, excepcional, exige una interpretación teleológica de las medidas a adoptar que debe prevalecer sobre interpretaciones formales. Y existe unidad de criterio (político y jurídico) en que las distintas medidas adoptadas pretender activar un escudo económico para proteger a todo nuestro sector productivo (en especial Pymes y autónomos). Proteger el empleo, dotar de liquidez financiera a las empresas, o acompañar las exigencias tributarias a la realidad dinámica de esta crisis son elementos imprescindibles, donde, desde el mayor consenso, hay que ser valientes y no dogmáticos (evitando innecesarios prejuicios ideológicos), activando todo el armamento, tanto público como privado, que se tenga a disposición para que el virus no contamine gravemente a nuestra economía. La contratación pública, su correcta ejecución (no puede desconocerse la capacidad de la prerrogativa interpretativa para “adaptar” el contrato a esta realidad excepcional), puede servir de importante escudo económico y social.

=====

¹ Me remito a mi trabajo “La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública”, Revista El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 53. ([número especial de El Cronista sobre el coronavirus](#)).