

En Logroño, a 3 de marzo de 2021, el Consejo Consultivo de La Rioja, constituido telemáticamente (al amparo del art. 17.1 de la Ley 40/2015), con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. Pedro María Prusén de Blas y D^a Amelia Pascual Medrano, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D^a Amelia Pascual Medrano, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

13/21

Correspondiente a la consulta formulada por la Excma. Sra. Consejera de Salud y Portavocía del Gobierno de La Rioja, sobre la *reclamación de responsabilidad contractual de la Administración sanitaria formulada por la UTE 'T.S.R.' para que: i) se le abonen 189.715,91 euros, en que valora los costes extras que se le han ocasionado por la pandemia hasta 30 de junio de 2020; y ii) se fijen las condiciones para el abono de los que se produzcan hasta la finalización de la situación extraordinaria.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Preliminar

En el presente dictamen, se utilizan las siguientes siglas y abreviaturas:

- A1= vehículo de transporte sanitario no asistencial individual.
- A2= vehículo de transporte sanitario no asistencial colectivo.
- B/SVB= vehículo de transporte sanitario asistencial destinado a proporcionar soporte vital básico.
- C/SVA= vehículo de transporte sanitario asistencial destinado a proporcionar soporte vital avanzado.
- ap.= apartado (de un precepto o disposición).
- APCAR= Administración pública de la CAR.
- art/s.= artículo/s.
- CAR= Comunidad Autónoma de La Rioja.
- cc.= concordantes.
- Cc= Código civil español vigente.
- CCAA= Comunidades Autónomas.
- SOS-112= Centro de Coordinación de Urgencias SOS 112.
- CDT= Cuadro de datos técnicos del Pliego de cláusulas administrativas particulares.
- CE= Constitución española.
- cfr.= confróntese, véase.
- cit.= citado/a/s.
- cl.= cláusula.

-Covid= Covid-19 cuando es aludido en el texto tras un sustantivo, como pacientes, medios o servicios, para así aludir abreviadamente a personas contagiadas o posiblemente contagiadas por este virus y a los servicios y medios empleados para atenderlas.

-Covid-19= Especie de virus denominada *Coronaviridae disease 2019* (Coronavirus) o SARS.CoV-2 según el Comité internacional de taxonomía de virus (ICTV).

-CS= Consejera de Salud y Portavocía del Gobierno de La Rioja.

-DA= Disposición adicional.

-DD= Disposición derogatoria.

-DF= Disposición final.

-DG= Dirección General.

-DGSP= DG de Salud Pública (del Gobierno de la CAR).

-DT= Disposición transitoria.

-EAR'99= Estatuto de Autonomía de La Rioja vigente (en la redacción dada al mismo por la LO 2/1999, de 7 de enero).

-EM= Exposición de motivos (de una Ley).

-EPI/s= Equipo/s (sanitarios) de protección individual (para proteger contra contagios e infecciones).

-Excel= Se emplea en el texto detrás de documento u otro sustantivo similar, como escrito o tabla, para indicar que el mismo ha sido elaborado y se presenta en el formato de hoja informática de cálculo desarrollado por la empresa Microsoft.

-FJ= Fundamento/s jurídico/s o de Derecho (de un dictamen o sentencia).

-fol/s.= Folio/s (del expediente).

-IT= Incapacidad temporal (como situación laboral ante la Seguridad Social).

-IVA= Impuesto sobre el valor añadido.

-LCAP'95= Ley (estatal) 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.

-LCCR'01= Ley (de la CAR) 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja.

-LCE'65= Ley (estatal preconstitucional) de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril,

-LCSP'07= Ley (estatal) 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público.

-LCSP'11= Ley (estatal) de Contratos del Sector público, texto refundido aprobado por RDLeg 3/2011, de 14 de noviembre.

-LCSP'17= Ley (estatal) 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector público.

-Ley 7/11= Ley (de la CAR) 7/2011, de 22 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas para el año 2012.

-LES= Ley (estatal) 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible.

-LFAR'05 (Ley de la CAR 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR.

-LO=Ley Orgánica.

-LOCE=LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

-LPAC'92= Ley (estatal) 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

-LPAC'15= Ley (estatal) 39/2015, de 30 de noviembre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (vigente).

-LPRL= Ley (estatal) 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales.

-PPT= Pliego de prescripciones técnicas.

-PCAP= Pliego de cláusulas administrativas particulares.

-RD= Real Decreto.

-RCAP'01= Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

-RCCR'02 = Reglamento del Consejo Consultivo de La Rioja, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero.

- RCSP'09= Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- RDL= Real Decreto Ley.
- RDL 8/2020= RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.
- SGT= Secretaría General Técnica.
- STS= Sentencia del Tribunal Supremo.
- STC= Sentencia del Tribunal Constitucional.
- SVA= Soporte vital avanzado.
- SVB= Soporte vital básico.
- TAG= Técnico/a de Administración General.
- TC= Tribunal Constitucional.
- TCs= modelos oficiales de documento de ingreso de cuotas a la Seguridad Social.
- UTE= Unión temporal de empresas; referida especialmente a la contratista en este caso: UTE F.S.S.A. y F.S.A.S.A., Unión Temporal de Empresas, abreviadamente "T.S.R. UTE".

Primero

La Consejería de Salud de Gobierno de La Rioja remite a este Consejo Consultivo, para dictamen, el expediente tramitado en relación con la precitada reclamación de responsabilidad contractual. De la documentación que integra el expediente, resultan, **en relación con el contrato suscrito**, los siguientes antecedentes de interés, que se exponen ordenados cronológicamente:

1. Previo expediente de contratación (aprobado por Resolución de 20-07-2016), la Consejería actuante, por Acuerdo de 30-12-2016, adjudicó, a la empresa precitada, un contrato administrativo de servicios de transporte sanitario en el ámbito de la CAR, en el precio total de 26.963.985,00 euros, IVA exento, distribuido en cinco anualidades (2016 a 2020). El plazo de duración del contrato es de 4 años desde la fecha de inicio de la actividad, de manera que, habiendo comenzado ésta el 1-04-2017, finalizará el 31-03-2021.

2. El contenido y las prestaciones de aquel contrato se describen en el PCAP de fecha 17-06-2016, en su CDT de fecha 12-07-2016, y en el PPT de fecha 10-08-2016. Al respecto, cabe ahora destacar lo siguiente:

-Régimen Jurídico (cl. 1ª PCAP). El contrato se regirá por la LCSP'11; RCSP'09; y en la medida que no se oponga, por el RCAP'01.

-Objeto del Contrato (cl.3ª PCAP; ap. 4 CDT; y ap. 1 PPT). La necesidad administrativa por satisfacer es la cobertura del transporte sanitario terrestre, tanto urgente como no urgente, primarios o secundarios, urbanos como interurbano, tanto dentro de la CAR como desde o hacia otras CCAA, necesario para la atención de los usuarios del Sistema Sanitario Público de La Rioja. El servicio objeto del contrato se efectuará bajo dos modalidades:

1/ *Modalidad de servicio adscrito a la organización de urgencias y emergencias de la CAR.* Se clasificará en: i) **Transporte primario**: aquel que se realiza desde el lugar de la demanda de atención sanitaria en una urgencia o emergencia hasta el Centro sanitario establecido; y ii) **Transporte secundario**: aquel que se realiza desde un Hospital a otro Centro sanitario.

2/ *Modalidad de servicio general.* Se clasificará en: i) **Transporte programado**: aquel que puede ser previsto, con antelación suficiente, para que su indicación pueda ser planificada de antemano, para que administrativamente pueda ser posible su gestión, y ii) **Transporte no urgente-no programado**: aquel que, no estando previsto, debe realizarse en un plazo breve o con un margen de demora limitado.

Ambas modalidades de prestación son inseparables y constituyen un todo único e indisoluble. Las ofertas deben garantizar la totalidad de las mismas, sin posibilidades de exclusión o limitación de alguna o inclusión de nuevas no previstas, sin perjuicio de posibles modificaciones posteriores por razones de interés público sanitario.

Los servicios por prestar en cada momento serán los que resulten necesarios para la atención de la CAR, cualquiera que sea su número, duración o composición por tipos de transporte, debiendo el adjudicatario aportar cuantos medios sean necesarios para su correcta ejecución en los términos previstos en el presente Pliego y en los ofertado por el adjudicatario.

-Medios de transporte sanitario (cl.2 PPT). En función de las características del vehículo, del equipamiento material, del personal sanitario y de los servicios a los que se destinen, los medios de transporte sanitario se clasifican en:

1/ ***Ambulancias no asistenciales***: que no están acondicionadas para la asistencia sanitaria en ruta: i) **Clase A1 o Convencionales** (destinadas al traslado de un solo paciente en camilla); ii) , **Clase A2 o Colectivas** (acondicionadas para el transporte conjunto de enfermos cuyo traslado no revista carácter de urgencia, ni estén aquejados de enfermedades infecto-contagiosas, indicado, entre otras situaciones, en los casos de tratamientos prolongados y periódicos de: hemodiálisis, rehabilitación, radioterapia y quimioterapia, y siempre que la imposibilidad física del paciente o causas médicamente justificadas así lo aconsejen, bajo prescripción facultativa).

2/ ***Ambulancias Asistenciales***: acondicionadas para permitir asistencia técnico-sanitaria en Ruta: i) **Clase B-SVB** (destinadas a proporcionar soporte vital básico) y atención sanitaria inicial); y ii) **Clase C-SVA** (destinadas a proporcionar soporte vital avanzado).

-Ejecución del contrato e instrucciones (cl. 20ª PCAP y ap. 53 CDT). “**La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista**”. El servicio se ejecutará con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el clausulado del contrato, en el PCAP y en el PPT, “**de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación**”

A estos efectos, se constituirá una *Comisión de seguimiento del transporte sanitario* que, presidida por quien designe el órgano de contratación, reunirá a representantes de la empresa adjudicataria y de la CS. *Su función será el seguimiento, evaluación, identificación de deficiencias y oportunidades de mejora de cuanto afecta al servicio.* Siempre que no afecten al contenido esencial del contrato, los acuerdos que se adopten en la *Comisión de Seguimiento* tendrán carácter vinculante.

-Revisión de precios (cl. 26ª PACP y ap. 82 CDT). En el marco del art. 89 LCSP’11, se prevé que “*la revisión de precios que se realizará anualmente, y salvo que las partes acuerden un porcentaje*

menor, se hará aplicando el 60% de la variación experimentada, en los últimos 12 meses, del salario base del personal, conforme a lo estipulado en el correspondiente Convenio colectivo”,

-Modificación del contrato (cl. 26ª PACP y ap. 82 CDT). Debe distinguirse entre modificaciones previstas e imprevistas.

1/ Respecto a las **imprevistas**, se establece que, sin perjuicio de los supuestos de modificación previstos en la LCSP'11 (sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución), la modificación podrá realizarse en los casos y con los límites establecidos en el art. 107 LCSP'11

2/ Respecto a las **previstas** en los Pliegos o en el anuncio de licitación, se establece que el contrato podrá modificarse si, en el ap.82 CDT, está prevista esta posibilidad y se han detallado, de forma clara, precisa e inequívoca, las condiciones en que podrá hacerse uso de esta, así como el alcance y límites de las modificaciones que puedan acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que, como máximo, pueden afectar y al procedimiento que haya de seguirse para ello. Por su parte, el referido ap. 82 CDT, determina la posibilidad y condiciones de que el contrato se modifique únicamente por el motivo siguiente: *“variación del número de servicios en un 10%, por exceso o defecto, con respecto a los previstos para este contrato, lo que conllevará la modificación del parque de vehículos en número y/o tiempo de cobertura destinado al cumplimiento del contrato”.*

3. Según se hace constar en la Propuesta de resolución de 3-11-2020 (fols. 551 y 556, tomo 2), a la que luego aludiremos, la adjudicataria de este contrato *“presentó una oferta con una bajada de 2.035.416,88 euros, que supone el 7,02% con respecto al presupuesto inicialmente previsto por el órgano de contratación”.*

Igualmente, en su oferta (tomo1: Plan y despliegue de medios, ap. 1.2.2), la UTE adjudicataria se compromete a lo siguiente:

*“se garantiza por la UTE que los servicios a prestar cada momento serán los necesarios para la atención de la CAR, cualquiera que sea su número, duración o composición por tipos de transporte, aportándose por la propia UTE los medios precisos para la correcta ejecución del Pliego”, además “pondrá a disposición del SERIS **todas la ambulancias de reserva** del contrato, equipadas con el personal sanitario para atender **supuestos de catástrofe, gran emergencia, emergencias que se consideren grave y aquellas situaciones que se consideren por los Médicos coordinadores del SOS 112.** Es decir, se aportan los recursos humanos de las ambulancias de reserva sin limitación para emergencias, catástrofes y situaciones en que se decida por los Médicos reguladores o autoridad competente del SOS-112”, y matiza que **“el coste de estos recursos humanos (todas las horas de prestación) será asumida por la UTE”.***

4. Por Resolución de la CS de fecha 29-01-2019, se aprobó un expediente de modificación núm.1 del contrato, añadiéndose: i) un vehículo SVB, 24 horas/365 días; y ii) un vehículo SVB, 12 horas/365 días. La modificación suponía un incremento anual del precio del contrato de 413.910,00 euros; y, habida cuenta de que su ejecución estaba prevista del 1-04-2019 al 31-03-2021, resultaba un importe total de 827.810,14 euros.

5. Mediante escrito, que tuvo entrada en el Registro General de la CAR el 7-07-2020, el Gerente de UTE solicitó el abono de los costes extras ocasionados por la pandemia por COVID-19 hasta el 30 de junio de 2020, que cuantifica en un total de **189.715, 91 euros**, así como la fijación de las condiciones par el abono de los costes extras que se incurran por la misma causa desde esa fecha hasta la finalización de la situación extraordinaria. En dicho escrito, en esencia, se manifiesta:

-Que, dado lo excepcional de la situación, y el carácter crítico del servicio en estas circunstancias, la prioridad de la Sociedad ha sido siempre atender las instrucciones y trabajar coordinadamente con los responsables sanitarios para minimizar el efecto de la pandemia en la Comunidad, en lo que de ella dependiera, sin reparar en los gastos que esto implicara.

-Que ello ha generado a la contratista unos costes extraordinarios cuya compensación entiende debe ser asumida por la Administración y que se corresponden a los siguientes conceptos:

*1/Horas de servicio de las **dotaciones adicionales** puestas a disposición para traslados de pacientes con riesgo de estar afectados por Covid-19, siguiendo sus instrucciones, y horas extraordinarias de personal de gestión y operación correspondientes a la gestión de estos equipos. De estas horas, se han deducido las prestadas con dotaciones de urgencias ya contempladas en la prestación habitual del servicio. El coste incurrido por la empresa en este concepto asciende a 39.708,75 euros en el mes de marzo, 53.669,95 euros en el mes de abril, y 30.623,44 euros en el mes de mayo, según se detalla en el Anexo 1. El total resultante en este concepto es 124.002,14 euros.*

*2/ Coste de **medios de protección adicionales** puestos a disposición como consecuencia de la pandemia para trabajadores y pacientes, desinfectantes y equipos de desinfección, y costes de gestión de residuos. Según se detalla en el Anexo 2, el coste incurrido por la empresa en este concepto asciende a 16.467,22 euros hasta el 31 de marzo, 6.120,21 euros en abril, 7.296,46 euros en mayo (en un periodo en estos dos meses gran parte de los medios de protección han sido suministrados por la Administración) y 10.148,38 euros en junio. El total asciende a 40.032,27 euros.*

*3/ **Otros costes.** Se detallan en el Anexo 3 otros costes directamente asociados a la pandemia, correspondientes al montaje de instalaciones específicas para desinfección Covid en las bases de Logroño, Haro y Calahorra, a las horas necesarias para la formación específica de la plantilla en riesgos biológicos asociados a Covid, y a la adaptación de los vehículos específicamente asignados a este servicio. Ascienden a un total de 6.660,26 euros.*

*4/ Coste de las **incapacidades temporales de trabajadores** directamente asociadas al Covid-19. A pesar de las exhaustivas medidas de protección adoptadas, un pequeño porcentaje de la plantilla ha padecido la enfermedad o ha permanecido en cuarentena preventiva en su domicilio, en situación de incapacidad temporal, como consecuencia de la pandemia. Se refleja el coste para la empresa de sustitución de estos trabajadores. El coste incurrido por la empresa en este concepto asciende a 19.021,24 euros, según se detalla en el Anexo 4.*

*-Que los costes anteriores deben ser asumidos por el órgano de contratación, al **no formar parte del riesgo y ventura del contratista.***

-Que se dan los presupuestos jurisprudenciales para la aplicación de la cláusula del “*rebus sic stantibus*” a la reclamación: i) existencia de una *alteración extraordinaria* de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración; ii) *excesiva onerosidad* de la prestación a la luz de las circunstancias sobrevenidas; iii) *imprevisibilidad* y, singularmente, no asignación en el contrato *del riesgo* sobrevenido, quedando excluido el riesgo normal inherente o derivado del contrato o el asumido explícita o implícitamente por un contratante; y iv) *permanencia* o *duración de la alteración*, de forma que la *disrupción del equilibrio prestacional* tenga expectativas razonables de duración y no sea meramente episódico o transitorio.

Segundo

La CS, por Resolución de 27-07-2020, resuelve i) **iniciar un procedimiento de responsabilidad contractual relativo a la referida reclamación**, que debe encauzarse mediante el procedimiento previsto para la resolución de incidencias surgidas en ejecución del contrato, del art. 97 RCAP’01; ii) declarar como fecha de inicio del expediente el 7-07-2020; iii) nombrar Instructora del procedimiento a una TAG de la SGT de la CS; y iv) dar traslado, a UTE y a la Instructora, de esta Resolución.

Tercero

Por Resolución de la Instructora de 30-07-2020, a la vista de los arts. 77 y 78 LPAC’15, y a fin de que la reclamante aporte la documentación acreditativa de los sobrecostes alegados, se abre un **período de prueba** por un plazo de 15 días hábiles, que se amplían, a solicitud del contratista, 8 días hábiles más, por Resolución de 19-08-2020.

La documentación presentada por UTE, en fecha 1-09-2020, es admitida e incorporada al expediente por Resolución de la Instructora de 15-09-2020 (fols. 44 y ss, Tomo II). Se organiza en tres categorías:

1/Costes de adquisición de bienes o servicios extraordinarios y directamente asociados a la pandemia.

Se cuantifican en un total de **41.096,80 euros**: i) marzo, 16.286,14 euros; ii) abril, 4.548,18 euros; iii) mayo, 2.020,81 euros; iv) junio, 11.581,42 euros; y v) otros, 6.660,26 euros.

En su mayor parte, se trata de facturas de terceros, si bien, en el caso de compras centralizadas por el *G.F.*, la justificación se realiza mediante la imputación contable a UTE, que se acredita mediante un pantallazo de la aplicación informática, por un importe de 9.093,20 euros (esta cantidad está incluida en los 11.581,42 euros correspondientes al mes de junio). En ambos casos, se añade: un 6%, en concepto de gastos generales; y un 6%, en concepto de beneficio industrial.

Asimismo, se imputan, en el concepto “*Otros costes*” (6.660,26 euros), las horas del personal dedicadas a la formación específica en riesgos biológicos que han recibido los trabajadores y se valoran las horas del personal que posteriormente serán compensadas con descansos a lo largo del año. Para su acreditación, se presenta un documento *Excel* que recoge diversos conceptos a los que se imputa un coste y una factura que incluye diversos gastos relativos a la aludida formación (5.630,09 euros).

2/Costes de personal.

Según la UTE, el sobrecoste de personal que se acredita como asociado a la pandemia en el periodo indicado es de un total de **123.169,51 euros**.

Se parte de la premisa de que no ha existido una reorganización o adaptación de los servicios, sino una ampliación o puesta a disposición de medios adicionales para el servicio específico de traslados *Covid*. La única manera, a juicio de la contratista, de acreditar los sobrecostes de personal padecidos es la exposición detallada de las horas de servicio de los técnicos adscritos a estos servicios *Covid* adicionales, diferenciando con qué personal se ha cubierto, y explicitando si el coste de estos trabajadores está ya asumido en el servicio o es un coste general. A estos efectos, se anexa lo siguiente:

-Un *listado de traslados* llevados a cabo durante el periodo objeto de reclamación por los cinco vehículos destinados (en un archivo *Excel* que proporciona el número de servicios realizados).

-Un *listado nominal de trabajadores* que han realizado servicios *Covid* en distintas modalidades (en un archivo *Excel* con cálculo de coste/hora y número de horas por cada categoría laboral y trabajador); personal contratado en exclusiva a causa de *Covid*; personal liberado al 100% de su puesto habitual para realizar gestión o traslados *Covid*; personal sin puesto fijo; y personal de turno.

-Un *cuadrante* de días/horas *Covid* realizadas durante el período.

-Un *documento sobre coste* de horas y complementos.

-*Copias de los recibos salariales* individuales de los trabajadores, a las que la UTE añade: i) un 6% de costes indirectos, en concepto de uniformidad, lavandería, formación general, provisión de desvinculación, y otros conceptos semejantes; ii) un 6%, en concepto de gastos generales; y iii) otro 6%, en concepto de beneficio industrial.

-A fin de acreditar que se trata de sobrecostes no compensados con la disminución de otros, la UTE presenta un archivo *Excel* con una tabla *comparativa de los costes de personal* del periodo analizado, marzo a mayo de 2020, con los del mismo periodo del año 2019. Adicionalmente, aporta los TCs de la UTE correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de los años 2019 y 2020.

-A la diferencia obtenida (91.857,34 euros) se suman los siguientes conceptos: i) el coste de vacaciones devengadas en este periodo (estimado en 1/15 de los costes de personal); ii) un 6% en concepto de costes indirectos del personal (provisión de desvinculación, uniformidad, lavandería,

formación y otros conceptos semejantes); iii) un 6%, por gastos generales; y iv) un 6%, por beneficio industrial.

3/ Coste de las incapacidades temporales asociadas a Covid.

Se aportan partes de alta y baja de los trabajadores afectados, valoradas en un total de **19.021,24 euros**.

Cuarto

El 18-09-2020, la Instructora solicita **informe al Coordinador del Servicio de Urgencias Sanitarias** de la CAR y acuerda, sobre esa base y a la vista del art. 22 LPAC'15, la suspensión del plazo máximo legal establecido para resolver y notificar la resolución del procedimiento. Acuerda, además, su notificación a UTE.

Consta así el informe de 28-09-2020 del Coordinador de Equipos 061 La Rioja, en el que básicamente se destaca:

-Que, *de forma consensuada con el contratista*, se fue adaptando el transporte a los diversos escenarios que se fueron sucediendo, adoptándose medidas de “*reorganización de recursos*”, a fin de lograr la “*mayor eficiencia posible en la gestión de las ambulancias, optimizando recursos humanos y materiales allí donde se estimó fue posible*” (ejemplo de ello fue la reubicación de los técnicos de la ambulancia de SVB de Cervera, habitualmente con escasa actividad, en la ambulancia Covid destinada a Calahorra y Rioja Baja).

-Que las variaciones “*afectaron tanto al transporte urgente como al programado*”.

-Que la suspensión del transporte programado, en la fase de suspensión de las consultas hospitalarias, permitió al contratista destinar el personal afecto a “*la asistencia del transporte urgente de pacientes relacionados con Covid*”.

-Que, en relación con la asistencia urgente que se detalla en el Anexo, se fueron reorganizando el uso y ubicación de diferentes ambulancias a lo largo del tiempo.

-Que, en años anteriores, la contratista había reforzado el transporte sanitario ante contingencias, como epidemias estacionales de gripe, que suponían un incremento de la demanda, de modo que “*la presente pandemia ha representado la mayor justificación para aplicar esos planes, dados los medios disponibles, dentro del normal funcionamiento del contrato*”.

-Que, además de estas ambulancias del sistema público, Cruz Roja Española en La Rioja, colaboró aportando hasta dos ambulancias con su personal para apoyar la actividad urgente de asistencia y traslado de pacientes.

-Que, en los momentos iniciales de la pandemia, en ocasiones, se proporcionó a la empresa algún tipo de material EPI de los almacenes del SERIS y, cuando la organización del sistema de aprovisionamiento lo permitió, se ofreció a la empresa la posibilidad de abastecimiento de EPI a través del que se denominó Almacén de Presidencia.

-Que, aunque se tratara de una actividad no urgente, sino programada, se prestó toda la colaboración posible a la empresa de transporte en la gestión de las altas hospitalarias de pacientes Covid.

Quinto

Con fecha 2-10-2020, se acuerda la apertura del **trámite de audiencia**, por un período de 5 días hábiles. El 5 de octubre, comparece el Gerente de la UTE para acceder al expediente y solicita copia del informe del servicio. También se le proporcionan unos archivos *Excel* que son el resultado del análisis efectuado por la SGT del archivo *Excel* que la UTE le proporciona con los servicios ejecutados cada mes.

Mediante escrito firmado el 9-10-2020, el Gerente de la UTE presenta unas **alegaciones**, cuyo acertado resumen (que tomamos del informe jurídico al que luego aludiremos) es el siguiente:

-Las **primeras relativas a valorar el informe del Coordinador del Servicio de Urgencias Sanitarias**, manifestando su conformidad respecto a las manifestaciones relativas a la estrecha colaboración mantenida, buscando permanentemente *"la mayor eficiencia y optimización de la gestión de ambulancias"*; *"reconoce y agradece los esfuerzos realizados por los responsables del 061 y su permanente disponibilidad en relación con la protección de los trabajadores, la coordinación entre departamentos de PRL, la difusión inmediata de los protocolos, y el abastecimiento directo de EPIs cuando más complicado era...; la toma de decisiones en la reorganización de las ambulancias se realizó en base a criterios estrictamente asistenciales... estas decisiones, que efectivamente han sido siempre consensuadas, con sus equipos técnicos, han sido necesarias y adecuadas"*. Si bien, recuerda que, en escrito de 26 de marzo de 2020, dirigido a la SGT de la CS, ya manifestaba que estas medidas *"darían sobrecostes que deberían ser valorados con posterioridad, siendo prioridad, en este momento, atender a las necesidades del servicio"*; añade que los datos contenidos en el apartado *"Recursos contemplados en protocolos Covid"* son coherentes con la valoración realizada, si bien *"la dotación de vehículos Covid ha estado en régimen de presencia, por lo que los puestos a los que se han destinado los técnicos que estaban en régimen de localización han tenido que ser complementados con horas adicionales de otros técnicos para cubrir la diferencia entre horas de servicio y la jornada de estos técnicos en régimen presencial...; la referencia a la utilización de vehículos Covid para la ejecución de altas de pacientes afectados por Covid, es correcta ... esto no supone economía en el servicio general, que ha continuado realizando las altas del resto de pacientes con horarios y dimensionamiento habitual"*; y concluye, que *"la reducción del número de servicios, no tiene como consecuencia una reducción significativa del coste, ni la posibilidad de trasvasar recursos del servicio programado a la dotación de nuevos vehículos"*.

-Las **segundas relativas a valorar los cuatro ficheros Excel en los que se detallan los servicios generales realizados** en los meses de marzo a junio solicitados y aportados mensualmente por ella misma, de los que se obtienen unos saldos consecuencia de la diferencia entre la suma de las horas totales según el Pliego y las horas totales reales. Al respecto, manifiesta, entre otras alegaciones, que *"las horas totales del pliego no parecen tener en cuenta los días festivos del periodo, en los que el número de ambulancias activas se reduce drásticamente... las horas totales reales no refleja la llegada a su base de la ambulancia... las horas totales pliego son horas en las que la ambulancia permanece activa... las horas totales reales, reflejan las horas en las que los vehículos están*

ocupados...; los saldos obtenidos no reflejan, en modo alguno el balance de horas de vehículos activos contratados y efectivamente prestados, y no tiene relación con el objeto del expediente”.

*-Las **terceras relativas a la justificar que la reducción de servicios generales al haberse suspendido actividades asistenciales no ha supuesto reducción significativa en sus costes** de personal en comparación con el mismo periodo del año anterior, ya que: "ha aumentado la complejidad de los servicios y el tiempo necesario para realizarlos...una disminución de los servicios o del tiempo de ocupación de los vehículos no conlleva, en si mismo, una disminución del tiempo en el que los vehículos permanecen disponibles...la disminución del número de recursos asignados no es, en general, gestionable...las horas de servicio de cada técnico asignado a servicios generales y turnos de trabajo están fijadas y comprometidas en calendarios anuales confeccionados a finales de 2019 en base a necesidades de servicios estimadas en condiciones pre-Covid...; muchos de los trabajadores asignados a servicios generales no tiene la cualificación o experiencia necesarias para prestar el servicio en vehículos asistenciales".*

Sexto

Con fecha 3-11-2020, la Instructora, tras efectuar un análisis exhaustivo de toda la prueba incorporada al expediente, formula la **Propuesta de resolución** en el sentido de que se desestime la reclamación presentada por la UTE. A la propuesta, se anexa, entre otras, una gráfica en la que se recogen los traslados de transporte sanitario según vehículo utilizado para realizar el servicio desde el inicio del contrato hasta agosto de 2020 (fol. 602, tomo II).

Séptimo

Con fecha 03-12-2020, los servicios jurídicos emiten un **informe favorable** a la expresada Propuesta de resolución, “*al no concurrir los presupuestos legales y jurisprudenciales que acrediten una alteración sustancial de la base del contrato*”.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con 16 de diciembre de 2020 y registrado de entrada en este Consejo el 16 de diciembre de 2020, la Excm. Sra. Consejera de Salud y Portavocía del Gobierno de La Rioja, remitió, al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 18 de diciembre de 2020, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia a la Consejera señalada en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo

1. El dictamen en este caso es preceptivo, por aplicación del arts. 11-g LCC'01, a cuyo tenor es preceptivo nuestro dictamen en caso de. ***Reclamaciones que en materia de daños y perjuicios se formulen ante la Administración pública, incluidos en todo caso los entes a que se refiere el apartado 2 del artículo 10 de la presente ley, cuando resulte preceptivo según la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial***".

2. Es de advertir que esta referencia final que el precepto transcrito hace a la responsabilidad patrimonial no significa que las reclamaciones a que alude el precepto sean sólo las de responsabilidad *extracontractual*, pues lo que significa es que sólo serán de dictamen preceptivo las reclamaciones *de daños y perjuicios* (es decir, tanto las de responsabilidad *extracontractual* como las de responsabilidad *contractual*) **que sean de cuantía igual o superior a la que la normativa vigente señale para las de responsabilidad patrimonial** (es decir, para las reclamaciones de responsabilidad *extracontractual*), actualmente fijada en **50.000 euros**, como enseguida veremos.

3. Esta interpretación del precepto resulta claramente averada por la siguiente **evolución histórica de la redacción** del mismo:

-En **2001**, se dictó nuestra precitada Ley reguladora (LCC'01) que, en su redacción originaria (que estuvo vigente desde 23 de junio de 2011 hasta 6 de septiembre de 2005), sólo decía *“Reclamaciones que en materia de daños y perjuicios se formulen ante la Administración pública”*; es decir, sin distinguir entre las reclamaciones de responsabilidad contractual y extracontractual, ni exigir cuantía alguna para las mismas.

-En **2002**, se aprobó nuestro vigente **Reglamento** (RCCR'02), cuyo (todavía vigente) art 12-g se limitó a reproducir la redacción originaria que entonces todavía tenía la Ley y que, por eso, señala como preceptivo el dictamen sobre *“Reclamaciones que en materia de daños y perjuicios se formulen ante la Administración pública”*.

-En **2005**, se aprobó la segunda redacción del precepto de la Ley (dada por la D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, y que estuvo vigente desde 7 de septiembre de 2005 hasta 31 de diciembre de 2008), con el siguiente tenor: :g) *Reclamaciones **de cuantía indeterminada o superiores a 600 euros**; que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración pública”*; es decir, que esta 2ª redacción se limitó a añadir una limitación cuantitativa de 600 euros para todas las reclamaciones, pero sin distinguir entre las de responsabilidad contractual y extracontractual, razón por la que no fue modificado el Reglamento del Consejo (RCCR'02).

-En **2008**, se aprobó la tercera redacción del precepto legal (dada por el art. 36.2, de la Ley 5/2008, de 29 de diciembre, y que estuvo vigente desde 1 de enero de 2009 hasta 31 de diciembre de 2011), con el siguiente tenor: g) *Reclamaciones **de cuantía indeterminada o superiores a 6.000 euros**; que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración pública, incluidos en todo caso los entes a que se refiere el apartado 2 del artículo 10 de la presente Ley”*; es decir, que esta 3ª redacción se limitó a elevar a 6.000 euros la cuantía y a aclarar que también debían consultar preceptivamente las entidades locales e institucionales (del art. 10.2 de la Ley), pero tampoco distinguió entre reclamaciones de responsabilidad contractual y extracontractual, razón por la que el Reglamento del Consejo (RCCR'02) tampoco fue modificado.

-En **2011**, se aprobó la cuarta (y actualmente vigente) redacción del precepto legal (dada por el art. 44.1. de la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas para el año 2012, y que entró en vigor el 1 de enero de 2012), con el siguiente tenor: g). *Reclamaciones que en materia de daños y perjuicios se formulen ante la Administración pública, incluidos en todo caso los entes a que se refiere el apartado 2 del artículo 10 de la presente ley, **cuando resulte preceptivo según la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial**”*

4. La parte que hemos destacado en negrita de la redacción vigente del precepto legal no significa, como hemos adelantado, que la preceptividad de nuestro dictamen se limite a las reclamaciones de responsabilidad **extracontractual**, sino que comprende también las de carácter **contractual**, pues tal redacción vigente sólo ha pretendido adoptar una forma de expresión que evita señalar una cuantía numéricamente determinada (ya que la misma exige una modificación legal cada vez que se quiera alterarla), para señalar dicha cuantía por relación a la que la normativa vigente señale en cada momento para las reclamaciones de responsabilidad patrimonial (extracontractual). En suma, la novedad que aporta esta cuarta y vigente redacción del art. 11-g) de nuestra Ley reguladora es sólo que deja de expresar **en forma numérica** la cuantía mínima exigida en las reclamaciones de daños y perjuicios tanto por responsabilidad contractual como extracontractual, para expresar dicha cuantía **por referencia** a la que fije la normativa de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial (extracontractual). Por esa razón, el Reglamento del Consejo (RCCR'02) tampoco fue modificado.

5. La remisión aludida en el apartado anterior tiene, desde luego, la ventaja de que no es preciso modificar nuestra Ley reguladora (LCCR'01) cada vez que se quiera modificar la cuantía mínima a efectos de preceptividad de nuestro dictamen, pero tiene el inconveniente de que requiere **indagar** cuál sea dicha cuantía en la normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial. El resultado de tal indagación es el siguiente:

-El art. 65.4 LFAR'05 (vigente desde 7 de septiembre de 2005, en la redacción dada al mismo por el art. 45 de la Ley 7/2011, vigente desde 1 de enero de 2012), dispone que: "*4. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la CAR se tramitarán de acuerdo con la normativa básica estatal en la materia, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la propia organización. **La cuantía fijada para que los dictámenes del Consejo Consultivo de La Rioja resulten preceptivos será la que fije el Estado con carácter general en dicha normativa básica***"

-El art. 81.2 LPAC'15 (vigente desde 2 de octubre de 2016, conforme a su DF 7ª), dispone que: "*cuando las indemnizaciones reclamadas sean **de cuantía igual o superior a 50.000 euros** o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la LOCE, será preciso solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma*"

-La DT 3ª-a LPAC'15 establece que "*a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley (es decir, los iniciados antes del 2 de octubre de 2016, fecha de entrada en vigor de la LPAC'15, según su DF 7ª), no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*". Pues bien, dicha normativa anterior se contenía en el art. 142.3 LPAC'92 (en la redacción dada al mismo por la DF 40ª LES), vigente desde 6 de marzo de 2011, disponiendo que: "*Para la*

*determinación de la responsabilidad patrimonial, se establecerá reglamentariamente un procedimiento general con inclusión de un procedimiento abreviado para los supuestos en que concurren las condiciones previstas en el artículo 143 de esta Ley. En el procedimiento general, será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando las indemnizaciones reclamadas sean **de cuantía igual o superior a 50.000 euros** o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica”;*

-La EM de la precitada Ley 7/2011 explica que el sentido general de la reforma que la misma efectúa en esta competencia del CCR es modificar “*la normativa en materia de responsabilidad patrimonial de forma que quede adaptada automáticamente, **en cuanto a límites de cuantía para solicitar dictámenes preceptivos, a lo que disponga la legislación básica del Estado***”.

-Sobre el comienzo (*dies a quo*) de la eficacia de las limitaciones cuantitativas, debe atenderse a la norma vigente al tiempo de concluir el trámite de audiencia, según hemos declarado en reiterados dictámenes (cfr. p.e. D.4/09, D. 73/05, D.106/05, D.124/05, D.6/12 y D.8/12, entre otros).

-Finalmente, el art. 191.3-c LCSP’17 (vigente desde 9 de marzo de 2018, salvo las normas señaladas en su DF 16ª que entran antes en vigor), establece el previo y preceptivo dictamen del Consejo Estado u Órgano Consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva para 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, si bien esta cuantía se podrá rebajar por la normativa de la correspondiente Comunidad Autónoma*”.

6. Por tanto, es claro: i) que la cuantía tanto para reclamaciones de responsabilidad contractual como extracontractual, está actualmente fijada en 50.000 euros por la normativa estatal; y ii) que la legislación de la CAR reguladora del Consejo Consultivo de La Rioja se remite a dicha normativa estatal para reclamaciones de daños y perjuicios tanto por responsabilidad contractual como extracontractual.

7. Pues bien, el presente caso es claramente de reclamación de daños y perjuicios por una alegada responsabilidad **contractual** ya que: i) la UTE contratista reclama una compensación económica alegando la cláusula contractual tácita *rebus sic stantibus*; y ii) la Administración sanitaria contratante propone desestimar dicha reclamación alegando el principio de *riesgo y ventura* del contratista que la legislación contractual impone al mismo. Por tanto, la preceptividad de nuestro dictamen es clara en este caso con base a los precitados arts. 11 g) LCCR’01 y 12 g) RCCR’02 y, por todo ello, procede reiterar la

doctrina que hemos mantenido en otros dictámenes (por todos, en el reciente D.60/20) en el sentido de que:

*“Los arts. 11g), de nuestra Ley reguladora (LCCR’01), en la redacción dada al mismo por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre; y 12-g) de nuestro Reglamento (RCCR’02), no distinguen entre responsabilidad contractual y extracontractual, sino que establecen genéricamente que **es preceptiva la consulta al Consejo sobre ‘reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración pública’**, expresión que comprende tanto las reclamaciones de responsabilidad contractual como las de responsabilidad extracontractual y... también las mixtas, esto es, las que puedan presentar ambos aspectos”.*

8. Hemos de completar este razonamiento con la precisión de que no procede seguir el criterio de la Propuesta de resolución en el sentido de que nuestro dictamen sea preceptivo por virtud del precitado art. 191.3-c LCSP’17 (que así lo determina para las reclamaciones de responsabilidad contractual de cuantía igual o superior a 50.000 euros); y ello por las siguientes razones:

A) La DT 1ª LCSP’17 ordena que los contratos adjudicados antes de su entrada en vigor, como es el que nos ocupa, se rijan por la normativa anterior, es decir, en este caso, por la LCSP’11.

B) La LCSP’17 no contiene ninguna DT que preceptúe que dicha LCSP’17 sea aplicable a los aspectos procedimentales de los contratos regidos, en cuanto al fondo, por la normativa anterior, pues la remisión a la normativa anterior que efectúa la DT 1ª LCSP’17 no distingue aspectos de fondo y procedimentales, siguiendo, en esto, el mismo criterio que las DT de las normativas contractuales anteriores; por lo que, en suma, **la remisión que, a la normativa anterior, efectúa la DT1ª LCSP’17 debe entenderse hecha tanto a los aspectos materiales y de fondo como a los procedimentales de dicha normativa anterior.**

C) La Propuesta de resolución entiende que la DT 1ª LCSP’17, al no determinar expresamente qué normativa es aplicable a los aspectos procedimentales (entre los que supone que se encuentra la petición de dictamen al Consejo Consultivo y el carácter preceptivo de dicho dictamen) no acepta que la remisión efectuada a la normativa anterior sea a todos los efectos (materiales y procedimentales), sino sólo a los materiales, lo que implica la existencia de una **laguna** sobre cuál sea la normativa que deba aplicarse a los aspectos procedimentales; y, para **integrar** dicha supuesta laguna, la Propuesta de resolución acude al criterio que se desprende de las DT del Código Civil (a las que el Dictamen 1007/2002 del Consejo de Estado considera expresivas del **Derecho intertemporal común** que es supletoriamente aplicable a la legislación contractual) con la consecuencia de que, como quiera que las referidas DT del Cc sujetan a dicho Cc (es decir, no a la legislación precodicial) los aspectos procedimentales de varias instituciones, extrae de ello la consecuencia de que, siguiendo ese mismo criterio del Cc, procede

aplicar, a los aspectos procedimentales de este caso, la LCSP'17 y, por tanto, su art. 193.3-c). Pero esta conclusión no es correcta por lo siguiente:

1/ El Dictamen 1007/2002 del Consejo de Estado que la Propuesta de resolución cita en apoyo de su criterio, afirma lo siguiente:

“Es de aplicación a la determinación de las causas y efectos de la resolución de este contrato la Ley de Contratos Administrativos, cuyo texto articulado fue aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, y el Reglamento General de Contratación, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre. Cabe recordar a este respecto que la disposición transitoria primera de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, no resuelve expresamente el problema de la Ley aplicable a los contratos ya adjudicados al tiempo de su entrada en vigor, si bien doctrina y jurisprudencia (Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1989), así como el propio Consejo de Estado (véase, por todos, el dictamen número 3.678/97) son partidarios de aplicar, a falta de norma específica, las disposiciones transitorias del Código Civil (erigidas en "derecho intertemporal común"), que prevén que "los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma". La resolución de un contrato afecta directamente a su eficacia; en consecuencia, es de aplicación al presente expediente, en cuanto a las causas y efectos de la resolución, la Ley de Contratos Administrativos anteriormente citada. Dado que el expediente de resolución se inició después de la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, así como después de la entrada en vigor del derogado Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, será de aplicación al procedimiento la mencionada Ley 13/1995, de 18 de mayo (y en especial su disposición adicional séptima y su artículo 60), el artículo 26 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, anteriormente citado, y el último inciso del artículo 274 del Reglamento General de Contratación. De acuerdo con estos preceptos, en este procedimiento se ha dado audiencia a la contratista y a la entidad que prestó la garantía constituida”.

2/ Pero dicho Dictamen se refiere a un procedimiento de *resolución* (en el sentido de **extinción**) de un contrato por incumplimiento del contratista, no a la resolución (en el sentido de **acto** administrativo final) de un expediente de incidencias contractuales (como es el caso presente).

3/ Dicho Dictamen examina un caso en que la ley contractual vigente al dictaminar era la LCAP'95, la cual no contenía una DT aclaratoria del régimen aplicable a los contratos adjudicados antes de su vigencia, por lo que el Consejo de Estado, aplicando la doctrina de las DT del Cc como “Derecho intertemporal común” (léase supletorio de último nivel de las normas administrativas de contratación), concluyó que había que aplicar (al fondo del asunto) la vieja LCE'65 bajo la que se adjudicó el contrato en cuestión, sin aclarar qué legislación había de regir las normas procedimentales.

4/ Dicho Dictamen formula una doctrina que no es aplicable al caso que nos ocupa ya que en este no se trata de suplir, con las DT del Cc, la falta de DT en la ley contractual vigente al dictaminar (ya que ésta es la LCSP'17 la cual tiene sus propias

DT), sino simplemente de determinar cuál es la legislación contractual aplicable al caso por razón de la fecha de adjudicación del contrato (que, sin duda, es la LCSP'11).

5/ Esto dicho, parece que la Propuesta de resolución invoca la referida doctrina del Consejo de Estado para su aplicación al presente caso, pero no de forma directa, sino analógica, esto es, queriendo, en realidad, decir que, si bien la LCSP'17 (que es la vigente al dictaminar), contiene sus propias DT, éstas (y especialmente la DT 1ª LCSP'17), al ordenar la aplicación de la legislación anterior por razón de la fecha de adjudicación del contrato (es decir, de la LCSP'11), no distinguen (como sí hacen las DT del Cc) entre normas sustantivas y normas procedimentales (cfr. especialmente, la DT 4ª Cc); por lo que procede integrar esa laguna de la LCSP'17 aplicando (como norma supletoria de último grado) el “Derecho intertemporal común” contenido en las DT del Cc (sobre todo, la DT 4ª CC) que sí contienen dicha distinción y; así, en suma, entender que la anterior LCSP'11 es aplicable a los aspectos materiales y de fondo del caso (por razón de la fecha de adjudicación), mientras que la vigente LCSP'17 es aplicable a los aspectos procedimentales, como son los de la petición de dictamen consultivo y la preceptividad o no de éste (que el art. 191.3-c LCSP'17 resuelve en el sentido de la preceptividad).

6/ Esta argumentación es ingeniosa, pero tiene el inconveniente lógico de basarse en el criterio de analogía (*ubi eadem ratio, ibi aedem dispositio*) para recurrir a las DT del Cc; cuando el mismo puede ser neutralizado por el criterio de determinación (*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), que induce a entender que, si las DT de la LCSP'17 no han distinguido entre asuntos de fondo y de procedimiento, es porque no han querido.

7/ Además, no es preciso recurrir a argumentaciones artificiosas cuando, como ocurre en nuestro caso, la competencia consultiva del Consejo para dictaminar preceptivamente este caso resulta con claridad de nuestra legislación reguladora como hemos antes expuesto.

9. Como razonamiento adicional, es de recordar que, ante cualquier duda sobre el carácter preceptivo o no de nuestro dictamen:

-Debe optarse por la preceptividad, habida cuenta del carácter de garantía que nuestra intervención consultiva conlleva, tanto para la Administración como para los administrados.

-No cabe que el Consejo no dictamine sobre el caso consultado ya que, si el dictamen no es preceptivo, debe ser calificado de facultativo (a tenor de los arts. 12-e, LCCR'01 y 10.1 y 13-D RCCR'02) pero, en todo caso, una vez efectuada (aunque

fuere preventivamente es decir, *ad cautelam*, para precaver una posible nulidad del procedimiento por falta de dictamen preceptivo) la consulta a este Consejo, el mismo debe evacuarla emitiendo el correspondiente dictamen.

Segundo

Legislación aplicable al contrato

Nos encontramos en este caso ante un expediente de contratación que se inició (20-07-2016), y se adjudicó (30-12-2016), antes de la entrada en vigor de la LCSP'17, (DF 16ª LCSP'17). A este respecto, la DT 1ª, aps.1 y 2 LCSP'17, establece que:

“Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos. 2. 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”.

Por tanto, resulta claro que el contrato que nos ocupa (tal y como señala la cl. 1ª PCAP) debe regirse por la LCSP'11 y el RCAP'01, sin perjuicio de la aplicación de la legislación propia de la CAR en materia de contratación administrativa.

Así lo entiende, por lo demás, la Resolución de inicio de la CS.

Tercero

Procedimiento de la reclamación interpuesta

1. El contratista reclama a la Administración el resarcimiento de los sobrecostos que le ha ocasionado la ejecución del contrato suscrito con ella, como consecuencia de la situación extraordinaria de la pandemia de *Covid-19*, que entiende no forman parte del riesgo y ventura del contratista.

A la vista de ello, la Resolución de inicio, acertadamente a juicio de este Consejo, resuelve incoar un *procedimiento de responsabilidad contractual*.

En efecto, la acción de indemnización de daños y perjuicios deducida por la UTE reclamante se funda en un contrato administrativo, de forma que, como ha venido reiterando el Consejo de Estado, debe configurarse como un supuesto de responsabilidad contractual ya que es la relación contractual que une a la UTE reclamante con la

Administración reclamada el título habilitante que fundamenta la reclamación de compensación económica por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la ejecución del contrato (cfr, por todos, el dictamen D,684/2013 del Consejo de Estado).

2. Por otra parte, y como igualmente explicita la Resolución de inicio, la reclamación debe encauzarse mediante el procedimiento previsto para la resolución de incidencias surgidas en ejecución del contrato del art. 97 RCAP '01, a cuyo tenor:

*“Con carácter general, salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos, **cuantas incidencias surjan** entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales, se tramitarán **mediante expediente contradictorio**, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:*

- 1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.*
- 2. Audiencia del contratista e informe del Servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.*
- 3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.*
- 4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.*

Salvo que motivos de interés público lo justifiquen o la naturaleza de las incidencias lo requiera, la tramitación de estas últimas no determinará la paralización del contrato”.

3. En este sentido y aunque la UTE contratista no formaliza una pretensión de modificación contractual, debemos descartar que lo pretendido encaje en alguno de los supuestos de *modificaciones contractual “previstas”* o *“no previstas”* aludidos en art. 107.1 LCSP'11, pues, como bien recoge el informe de los Servicios jurídicos, dichas modificaciones están vinculadas a las prestaciones objeto del contrato y no a un incremento de coste de las mismas (así, STS 1823/2017, de 27 de noviembre, FJ 3).

4. Tampoco nos hallamos frente a una hipótesis de *revisión de precios*, la cual, en el contrato que nos ocupa, queda circunscrita, en el ap. 82 CDT y la cl. 25 PCAP, a una revisión anual (una vez transcurridos dos años desde la formalización del contrato), a fin de (salvo que las partes acuerden un porcentaje menor) aplicar el 60% de la variación experimentada en los últimos 12 meses del salario base del personal conforme a lo estipulado en el correspondiente Convenio colectivo.

5. En suma, entendemos que resulta oportuna la apertura de procedimiento iniciado y que, a la vista de los Antecedentes expuestos, el mismo se ha tramitado de manera correcta.

No obstante, es de advertir que el fundamento del carácter negativo del silencio en este procedimiento es la DF 3ª.2 LCSP'11 (aplicable tanto en los aspectos sustanciales

como procesales, cfr. Fundamento Jurídico Primero), y no, como apunta la Resolución de inicio, la DF 4ª de la LCSP'17.

Tercero

Covid-19 y contratación administrativa

1. Al margen de los gravísimos efectos sobre la salud pública, el *Covid-19* ha tenido un indudable impacto en la contratación pública y privada. Así, principios jurídicos, más bien de construcción jurisprudencial y doctrinal (con frecuencia discutidos y de escasa previsión normativa), como los de *vis maior*, *rebus sic stantibus* o *factum principis*, alcanzan en nuestros días un inusual protagonismo, en relación con su eventual aplicación a los contratos en vigor, justificada en la situación actual de pandemia y de sus medidas conexas.

Es así porque se acude a estos principios para intentar abrir vías especiales (distintas de las ordinarias de revisión de precios o modificaciones contractuales) que, entre otras cosas, puedan ser cauce para restablecer un equilibrio económico contractual que se considera roto en un grado sustancial por circunstancias sobrevenidas, ajenas y no imputables a las partes, y que quedarían extramuros del riesgo y ventura asumido por el contratista.

2. La reclamación que nos ocupa plantea justamente esta cuestión. Para la UTE reclamante, el *Covid-19* habría roto el equilibrio económico del contrato (“*excesiva onerosidad de la prestación a la luz de las circunstancias sobrevenidas*”), al haberle supuesto unos sobrecostes en la ejecución del mismo que, a su juicio, resultaban imprevisibles y no tenidos en cuenta como *riesgo y ventura* del contrato.

3. Debemos, por tanto, determinar si, en este caso concreto, se dan las condiciones necesarias para, en aplicación de alguna de las citadas vías, resarcir o compensar a la empresa contratista de los costes extraordinarios que alega, sin perjuicio de que ésta ciña su fundamento jurídico a la cláusula contractual tácita *rebus sic stantibus*.

Cuarto

El riesgo y ventura del contratista

1. En clara conexión con el principio *pacta sunt servanda*, es principio clásico de la contratación administrativa que la ejecución de los contratos se realiza a *riesgo y ventura del contratista* (arts. 215 LCSP'11 y 197 LCSP'17), tal y como, por lo demás, recoge de forma extensa la cl. 20ª PCAP en el contrato que nos ocupa.

En consecuencia, como viene reiterando nuestra jurisprudencia, es el contratista quien asume y debe soportar los riesgos económicos derivados de la ejecución de los términos pactados; suyo es el riesgo de obtener menores o mayores ganancias de las previstas o, incluso, de perder, ya sea por un error de cálculo inicial o por contingencias sobrevenidas, favorables o desfavorables.

2. Ello no quita, sin embargo, para que, a su vez, nuestra jurisprudencia haya subrayado que dicho principio deba ser matizado, limitado o aquilatado en determinadas circunstancias por aplicación de criterios como los de concurrencia de una *fuerza mayor* o de un riesgo imprevisible, la aplicación de la cláusula sobreentendida *rebus sic stantibus*, la interdicción del *enriquecimiento injusto*, o la apreciación de un *factum Principis* en decisiones o incumplimientos imputables a la propia Administración contratante (cfr, entre otras, las SSTs de 19-01-1998; 30-04-1999; 07-10-1999; 30-04-2001; 01-07-2015; 20-07-2016; o 28-06-2018).

3. En este sentido, el Consejo de Estado, en su dictamen D-2013/684, ha subrayado también que la vigencia de la regla del *riesgo y ventura* del contratista no significa que no tenga **“sus naturales límites..., determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico- financiero”**, y así explica que:

“...la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula “rebus sic stantibus”). Pero debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual. La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración “factum Principis”, bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la *fuerza mayor*.

El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la *doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos* cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto *Portazgo de Soncillo*, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido; pero ello sólo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente y se quiebra enteramente el equilibrio contractual (dictámenes 3.205/2003, de 20 de noviembre, y 635/2005, de 5 de mayo).

Es, por tanto, esta doctrina la que ha de examinarse para su aplicación en este concreto supuesto. **El principio de riesgo y ventura que rige la actuación económica de la contrata no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando ésta (fuera de los supuestos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual, por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante los**

mecanismos contractuales regulares (la revisión de precios cuando procede entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente)”.

4. Debemos, por tanto, concretar las condiciones o requisitos requeridos para la aplicación de estos medios extraordinarios o especiales a través de los cuales puede compensarse a un contratista que, como en este caso, alega haber hecho frente a unos riesgos imprevisibles que han alterado la base negocial -su equilibrio- y provocado un perjuicio económico, al haber resultado la ejecución de las prestaciones objeto del contrato excesivamente onerosa.

Quinto

Análisis del criterio de la *fuerza mayor*

1. La LCSP’11 prevé, expresamente en caso de la *concesión de contratos de obra* (art. 258 LCSP’11) y de *contratos de gestión de servicios públicos* (art. 282 LCSP’11), que la Administración deberá reestablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda, cuando causas de *fuerza mayor* (establecidas en el art. 231 LCSP’11) determinaran, de forma directa, la ruptura sustancial de la economía de la concesión o del contrato.

A su vez, para el citado art. 231 LCSP’11, tienen consideración de casos de fuerza mayor, los siguientes: “a) los incendios causados por la electricidad atmosférica; b) los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes; y c) los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público”.

Sin entrar ahora en el debate sobre si la situación actual de pandemia provocada por el Covid-19 es o no una causa de fuerza mayor subsumible en el citado art. 231 LCSP’11, debemos constatar que, siendo un *contrato administrativo de servicios* el que nos ocupa, la anterior regulación no resulta de aplicación.

2. Tampoco estamos ante un supuesto de exoneración de responsabilidad por incumplimiento (art. 1105 Cc), dado que, al margen de la adaptación de los servicios objeto del contrato provocado por la situación de pandemia, dichos servicios se han ejecutado plenamente. Y, por ello mismo, tampoco se puede inscribir en una *modificación contractual no prevista* del art. 107.1-c) LCSP’11, esto es, “*fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos*”.

Quinto

Análisis del criterio del *factum Principis*

1. Ligada a la figura del *riesgo imprevisible*, a la que nos referiremos a continuación, se halla el llamado “hecho del Príncipe” o *factum Principis*.

Antes que nada, conviene subrayar que no existe una previsión general expresa en nuestra normativa de contratos de este instituto jurídico, al margen de una lábil conexión con una de las circunstancias que permiten su modificación: art. 107.1 e) LCSP’11; y, en el caso de los contratos de concesión de obras públicas o de gestión de servicios públicos, la determinación expresa —si bien con escasa concreción— de los arts. 258.2 y 282.4 LCSP’11 (arts. 270.2 y 290.4 LCSP’17) de la obligación de la Administración de mantener el equilibrio de contrato cuando sus actuaciones determinaran, de forma directa, la ruptura sustancial de la economía de la concesión o del contrato.

Ha sido, de nuevo, la jurisprudencia y la función consultiva la que ha ido perfilando las condiciones de su aplicación.

2. En esencia, se trata aquí de la hipótesis en que la mayor onerosidad del contrato haya sido consecuencia de una decisión de la Administración posterior a la formalización del contrato, que es ajena a la relación contractual y que no persigue su modificación, pero provoca indirectamente que su ejecución resulte para el contratista más onerosa, quedando roto el equilibrio contractual. En el fondo, estaríamos ante daños provocados por una medida administrativa no prevista que, en su caso, debería indemnizarse *ex art. 106.2 CE*.

3. Como acierta a resumir el Dictamen 1598/2002 del Consejo de Estado (las negritas son nuestras):

«...existe *factum Principis* "cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un **acto propio**, nacido del poder general **de imperium**". Se trata, en definitiva, de "intervenciones administrativas de tipo general **no exclusivamente referibles a un contrato**, pero que implican un cambio en las condiciones externas de la ejecución del contrato" (véanse los dictámenes del Consejo de Estado números 46.172, 46.886, 31/92 y 32/92). Se **excluye** el supuesto de que la actuación de la Administración haya venido determinada **por circunstancias ajenas a su poder de decisión**, en cuyo caso no concurrirá un *factum Principis*, sino una mera alteración del equilibrio económico-financiero del contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes (dictámenes del Consejo de Estado números 31/92 y 32/92, anteriormente citados)... la acción para obtener una compensación nacida del *factum Principis* tiene naturaleza y fundamento **extracontractual**, aun cuando la compensación deba **liquidarse en el seno del contrato** en el que el *factum Principis* ha incidido, como se puso de manifiesto [en los precitados dictámenes del Consejo de Estado]. La figura del *factum Principis* "entraña un sacrificio puro y simple de la posición material que el contrato administrativo precisamente aseguraba".

Son **requisitos** para que proceda indemnizar la lesión causada al contratista mediante *factum Principis* que el uso de las potestades públicas de *imperium* resulte **imprevisible** y **extraordinario** teniendo en cuenta las circunstancias del contrato (pues, como se dijo en el dictamen número 54.700 del Consejo de Estado, "no puede confundirse el riesgo o *alea* que normalmente corre a cargo del contratista y el fenómeno de nuevos elementos de hecho, extraños al contrato, que afectan a la relación contractual y alteran su curso normal"), que se haya producido al contratista un **daño cierto y especial**».

4. Es discutido, doctrinal y jurisprudencialmente, si cabe su aplicación en el caso de que la medida origen de la alteración provenga de una Administración distinta de la contratante. No obstante, en ambas hipótesis, a juicio de este Consejo, debe descartarse su aplicación en el caso planteado por la presente reclamación, tal y como concluye también el informe jurídico.

De hecho, como advertíamos más arriba, la reclamación presentada en ningún momento imputa, a las medidas extraordinarias adoptadas por la Administración estatal o autonómica para hacer frente a la situación sanitaria de pandemia, una repercusión contractual que haya incrementado, de forma imprevista, su onerosidad.

5. Es más, si traemos a colación el art. 34.4 RDL 8/2020 (de medidas urgentes extraordinarias sobre la pandemia), podemos reparar en que, sólo "*en el caso de los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este RDL*", la situación de hecho creada por la pandemia y las medidas adoptadas por el Estado, las CCAA o la Administración local para combatirla darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico.

En el caso de los *contratos públicos de servicios*, como el que ahora analizamos, sólo está prevista la hipótesis de indemnización por su suspensión total o parcial, cuando resulte imposible de ejecutar como consecuencia de la pandemia o de las medidas adoptadas por las diversas Administraciones para combatirla.

6. En suma, los costes extraordinarios en la ejecución del contrato que la contratista pretende que le sean resarcidos no derivan de ninguna suspensión de dicha ejecución, y se ligan, no a medidas administrativas adoptadas al margen del contrato, pero con repercusión en él, sino, en exclusiva, a que, desde el inicio de dicha situación, se han "*aumentado todos los recursos necesarios para el refuerzo de los servicios objeto del contrato*"; "*se han venido redimensionando los medios puestos a disposición del transporte sanitario en la Rioja, **siguiendo las instrucciones dada por los responsables técnicos del contrato**, para atender las crecientes necesidades de traslados específicos asociados al Covid-19*". Algo que, por lo demás, forma parte expresa de las estipulaciones contractuales (cl. 20ª PCAP y ap. 53 CDT).

Sexto

Análisis del criterio *rebus sic stantibus*

1. La carencia, en España, de una previsión normativa general que permita un reequilibrio contractual sobre la base de una alteración sobrevenida y extraordinaria de circunstancias, unida al contexto de la grave crisis económica de 2008, explica el incremento habido desde entonces en la aplicación jurisprudencial de la “cláusula *rebus sic stantibus*”, lo cual, sin embargo, no desmiente el hecho de que su reconocimiento es siempre muy restrictivo y riguroso.

2. El criterio *rebus sic stantibus* puede así ser aplicado, entre otros, a supuestos en los que, resultando posible la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, tal y como ha ocurrido en el que es objeto de nuestro examen, nuevas circunstancias imprevisibles hacen que dicha ejecución devenga, para el contratista, económicamente mucho más onerosa, resultando, por ende, la contraprestación prevista claramente insuficiente. En suma, el riesgo imprevisible sirve de cauce para el restablecimiento del equilibrio económico (STS de 30 de abril del 2001).

3. Como recapitula el TSJ de Madrid, en Sentencia de 28 de junio de 2018:

«La jurisprudencia viene reconociendo la derogación del *principio de riesgo y ventura del contratista* en virtud de la aplicación de los principios "*rebus sic stantibus*", el *enriquecimiento injusto* y del *riesgo imprevisible*.

Así la STS de 9-12-2003 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 19-01-1998 dice que, cuando por concurrir otros hechos que escapan a las previsiones normativas establecidas al efecto, se produce con ello, en la relación jurídico-contratual 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 acudir 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".

De la misma forma la STS de 30-04-2001 acude a la figura jurídico doctrinal de la cláusula "rebus sic stantibus" o *riesgo imprevisible*, para el restablecimiento del equilibrio financiero del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurren **circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afectaban grandemente a éste**».

4. El principio de "riesgo imprevisible" ha sido desarrollado también en numerosos dictámenes del Consejo de Estado, con amplia cita jurisprudencial; así, por todos, el D. 3342/2002, según el cual, para que pueda ser aplicado, respetando el principio de riesgo y ventura y sin falsear las garantías de concurrencia en la licitación, deben concurrir estrictos requisitos y cautelas, a saber:

-En primer lugar, la aparición de una alteración de circunstancias que resulte imprevisible y extraordinaria.

-En segundo lugar, la insuficiencia de los mecanismos previstos en el propio contrato para su revisión; y

-En tercer lugar, que la mencionada alteración de circunstancias tenga una incidencia sobre la economía general del contrato que rebase los "*límites razonables de aleatoriedad*" contractual, de suerte que produzca un efecto "*patológico y desmesurado*" y "*una quiebra, total y absoluta, del sinalagma establecido*".

5. En definitiva, como señala el Consejo de Estado en su dictamen D. 1332/2012, el *principio de riesgo y ventura* no cede ante cualquier alteración sobrevenida de las circunstancias, sino cuando ésta comporta una "***quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual, por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante los mecanismos contractuales regulares (la revisión de precios, cuando procede, entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente)***".

Sexto

Análisis del criterio del *riesgo imprevisible*

Adelantemos ya que, a juicio de este Consejo, en el expediente sometido a consulta no se han producido circunstancias tales que permitan la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible y ello en atención a las siguientes consideraciones.

1. Alteración extraordinaria de las circunstancias.

A) A pesar de que, en general, las circunstancias sanitarias actuales de pandemia pueden, obviamente, calificarse de extraordinarias y excepcionales, resulta matizable, en

el marco de este específico contrato, siendo su suscriptor una empresa especialista en este sector, su carácter de “*circunstancias radicalmente imprevisibles*” (STS 79/2007, de 25 de enero de 2007); así:

-Por una parte, como afirma el informe de los Servicios jurídicos, “*los Pliegos rectores del contrato regulan el servicio de transporte sanitario de forma que se pudieran adaptar los medios personales y materiales adscritos a cualquier contingencia*”, tal y como se ha hecho, de acuerdo con las instrucciones de la Administración, para hacer frente a la grave situación epidemiológica causada por la pandemia de Covid-19. Cabe insistir, además, en que las modalidades de prestación del objeto del contrato (servicio de transporte urgente y servicio de transporte general, programado o no programado) **son inseparables y constituyen un todo único e indisoluble.**

-Por otra parte, la propia naturaleza de este contrato implica *per se* una asunción del riesgo de que, durante su ejecución, se produzcan situaciones sanitarias excepcionales que, por fuerza, van a acarrear la intensificación de sus servicios y, por ende, un incremento de los costes. Así, el ap. 2 PPT señala expresamente que “*los servicios a prestar en cada momento serán los que resulten necesarios para la atención de la CAR, cualquiera que sea su número, duración o composición por tipos de transporte, debiendo el adjudicatario aportar cuantos medios sean necesarios para su correcta ejecución en los términos previstos en el presente pliego y en los ofertado por el adjudicatario*”.

-Más aún, en su oferta contractual, la empresa garantiza que “*pondrá a disposición del SERIS **todas la ambulancias de reserva** del contrato, equipadas con el personal sanitario para atender supuestos de catástrofe, gran emergencia, emergencias que se consideren grave y aquellas situaciones que se consideren por los Médicos coordinadores del SOS 112. Es decir, se aportan los recursos humanos de las ambulancias de **reserva sin limitación para emergencias, catástrofes y situaciones en que se decida por los Médicos reguladores o autoridad competente del Centro de Coordinación de Urgencias 112**”, y matiza que “**el coste de estos recursos humanos (todas las horas de prestación) será asumida por la UTE**”.*

B) No obstante, parece razonable no descartar que la concreta situación de emergencia o catástrofe que nos ocupa exceda, en su extensión temporal, de una ordinaria previsión de riesgos a esos efectos y, en esa medida, hubiera podido suponer una alteración sustancial del equilibrio de prestaciones; por lo que debemos seguir profundizando en este aspecto.

2. Las circunstancias excepcionales sobrevenidas deben haber provocado una ruptura del equilibrio contractual por excesiva onerosidad

A) A pesar de que, como acabamos de ver, pudiera reconocerse la concurrencia de circunstancias sobrevenidas imprevisibles, no cabe apreciar, en este caso, que de las mismas haya derivado una onerosidad que rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones —su conmutatividad— y trastoque, completa o sustancialmente, la relación contractual, razón por la cual este Consejo entiende que procede desestimar la reclamación por este concepto.

Reconocer la figura del *riesgo imprevisible* y, por ende, desplazar el *principio de riesgo y ventura del contratista* requiere así acreditar, no sólo concurrencia de un evento extraordinario y posterior a la licitación, sino —y esa es la clave aquí— justificar que ello ha sido causa de una ruptura sustancial del equilibrio económico contractual, de un incremento de costes que haga la ejecución del contrato “excesivamente onerosa” o “mucho más onerosa”, poniendo incluso en riesgo su continuidad. No se trata, en consecuencia, de una vía destinada a cubrir la eventualidad de pérdidas económicas que forma parte del riesgo empresarial asumido al contratar.

En este punto, la conclusión de este Consejo, que trataremos de fundamentar a continuación, coincide con la Propuesta de resolución y el informe de los Servicios jurídicos; pues, examinada la reclamación, los documentos aportados en fase de prueba y las alegaciones de la empresa contratista, no se puede concluir que la pandemia haya provocado a ésta unos costes de ejecución de los servicios pactados de tal magnitud que hayan alterado sustancialmente el equilibrio sinalagmático o puedan calificarse de excesivamente onerosos.

Hay que tener en cuenta, además, que la incidencia de esa excesiva onerosidad, como señala la STS 2823/2014, de 30 de junio, “*debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato)*”.

B) Nos resta, en consecuencia, explicitar las razones que, a nuestro juicio, avalan, la no concurrencia, en este caso, de la requerida **excesiva onerosidad**, para lo cual debemos examinar, en el siguiente Fundamento jurídico, los sobrecostes que se imputan a la situación de pandemia.

Séptimo

Análisis de los alegados sobrecostes.

1. Cuantificación.

De la cuantificación que realiza la reclamante en la fase de prueba (que difiere levemente de la incluida en la reclamación) resultan los siguientes: i) costes de personal, 123.169,51 euros; ii) costes de adquisición de bienes o servicios extraordinarios y directamente asociados a la pandemia y otros costes, 41.096,80 euros; y iii) coste de las incapacidades temporales asociadas a Covid: 19.021,24 euros.

2. Consideraciones generales

A) Se reclama un total de 189.947,8 euros, en relación con un contrato de cuatro años de duración y con un precio total inicial de 26.963985,00 euros, luego ampliado por modificación en 827.810,14 euros; y, según consta en la Propuesta de resolución, en la actualidad, la contratista viene facturando mensualmente la cantidad de 643.153, 58 euros. A la vista de ello, aun presumiendo la corrección del importe íntegro de lo reclamado, no parece posible deducir que su entidad sea capaz de una alteración sustancial del equilibrio de prestaciones contractuales.

B) A tal efecto, hay que tener en cuenta también que la oferta contractual presentada en por la empresa en la licitación, suponía una baja del 7,02% con respecto al presupuesto inicialmente previsto por el órgano de contratación.

C) El 30 de julio de 2020, según señala la Propuesta de resolución, la contratista presentó una comunicación de no prórroga del contrato, salvo que se modificasen sus condiciones económicas. A estos efectos, se le ha requerido repetidamente diversa documentación contable específica de la empresa contratista (no de los miembros que forman la UTE), que no ha sido facilitada y que podría haber sido acreditativa de la situación de pérdidas que alega padecer, al reflejar los ingresos y gastos del contrato y, consecuentemente, mostrar los sobrecostes que se reclaman.

D) En relación con el modo de cuantificar y valorar los costes extraordinarios, este Consejo entiende, como subraya también repetidamente la Propuesta de resolución “*que debe tenerse presente que el contrato de transporte sanitario es **único** en su prestación, a pesar de contar con varias **modalidades** de transporte del mismo y, por tanto cualquier reclamación debe ser analizada en ese contexto, no siendo posible analizar solamente los costes extraordinarios declarados, que no demostrados, por la empresa al margen de la ejecución del resto de servicios*”.

A ello se suma que *“la documentación presentada por la UTE lo es sólo respecto de los servicios realizados con motivo del Covid, pero no aporta documento alguno en relación a como ha sido la ejecución estos meses del resto de servicios no Covid (urgentes y generales), pasando por alto que el contrato es único”*.

No parece, en definitiva, discutible que ya se trate de transporte urgente o general, el régimen jurídico del contrato prescribe que *“ambas modalidades de prestación son inseparables y constituyen un todo único e indisoluble”*.

Y ello, justamente, nos sitúa en el principal elemento de discrepancia del reclamante y la Administración. Mientras que la primera pone el foco exclusivamente en las nuevas necesidades y recursos asignados a los servicios *Covid*, la segunda insiste, a nuestro juicio, fundadamente, que ello debe ser ponderado en atención a los efectos que la pandemia ha tenido también en la ejecución del resto de servicios contratados. Así las cosas, la Administración considera que la disminución en el número total de servicios, sobre todo del programado, ha permitido una reasignación y adaptación de efectivos y recursos, que no se ha tenido en cuenta en la reclamación.

3. Examen particular de los sobrecostes alegados.

La Propuesta de resolución examina cada uno de los sobrecostes reclamados, a través de un exhaustivo análisis de la documentación y alegaciones presentadas por la contratista, en fase de prueba y en el trámite de audiencia, y de la elaboración de diversas tablas que sustentan y fundamentan sus conclusiones. Analizamos esta cuestión en los epígrafes siguientes en los que distinguiremos cada uno de los sobrecostes alegados por la empresa contratista.

4. Costes de personal.

A) En general.

La empresa contratista entiende que el *Covid-19* ha requerido aportar medios adicionales y no una reorganización del servicio como sostiene la Administración y, para acreditar estos sobrecostes de personal, aporta listados *Excel* de traslados *Covid* y de trabajadores (sin identificación) que han realizado el servicio, para determinar “las horas de servicio de los técnicos adscritos a estos *servicios adicionales*”.

Pues bien, al margen de que, como señala el informe de los Servicios jurídicos, se trata de una declaración de la empresa que no se ve acompañada de otras evidencias (por ejemplo, fichajes), y que no resultaría aplicable sumar, al coste directo hallado, tres incrementos del 6%, en concepto de costes indirectos, generales y beneficio industrial, la principal objeción resulta del hecho de que se soslaya o no se completa lo anterior con las

horas de servicio del personal que no realiza los traslados *Covid* los cuales, al haber descendido considerablemente, permiten una reubicación o readaptación de recursos.

La Propuesta de resolución justifica así que no se ha producido un mayor volumen global de actividad de la contratista mediante el análisis del número de servicios, datos de los trabajadores contratados y tiempos empleados.

B) Número de servicios.

A partir de los datos suministrados por la propia empresa, mensualmente (servicios realizados) y diariamente (previsión de servicios a realizar para el transporte general programado y la previsión de vehículos de transporte programado -vehículos A1 y A2- necesarios para llevar a cabo los servicios previstos), la Administración ha elaborado diversas tablas (fols. 572 y ss., tomo II) que, en suma, acreditan que **“los servicios *Covid* coexisten con una disminución en el número total de servicios y, sobre todo, de los servicios programados”**.

La bajada en los servicios programados alcanza, en ciertos momentos, el 50% y, al ser conocidos con antelación por la contratista, le permite reajustar o redimensionar los recursos (vehículos asignados) y personal asignado, sin que pueda darse una entidad equiparable a las alegaciones de la contratista en el sentido de que *“ha aumentado la complejidad de los servicios y el tiempo necesario para realizarlos”* (necesidad de separar pacientes o la higienización).

C) Datos de los trabajadores contratados.

En este apartado, resulta singularmente relevante observar los cuadros relativos al personal, durante los meses de enero a junio, por tipo de trabajador y por tipología del contrato, extraídos de los TC de la Seguridad Social aportados por la empresa (fol. 578, tomo II), porque es escasa la variación que resulta de la comparación de los datos de los meses anteriores a la irrupción del *Covid-19*, parece desmentir o relativizar en gran medida el sobrecoste sustancial sufrido en materia de personal.

D) Horas de servicio.

La Propuesta de resolución (fol. 580 y ss. tomo II) incluye una tabla en la que calcula, en el período transcurrido del 15 de marzo al 30 de junio de 2020, el tiempo que los vehículos dedicados al transporte programado están prestando servicio activo, y lo compara con el tiempo contratado recogido en el PPT.

“El tiempo de servicio efectivo se toma desde el primer servicio del día al fin del último servicio de día, independientemente de que a empresa en ese periodo tenga tiempos sin realizar servicios que aun así son computados como tiempo de trabajo.

El término ‘*Otras+Covid-P+Covid-U*’ hace referencia al número de horas ejecutadas por ambulancias en servicios *Covid*, tanto programadas como urgentes, y por ambulancias del 061...; para estas ambulancias se obtiene el dato del tiempo efectivo de cada servicio, pero no se puede comparar con el número de horas contratado por PPT, por lo que su saldo es siempre a descontar con el saldo deudor que aparece para las ambulancias individuales y colectivas que hemos explicado en primer lugar.

En relación con las alegaciones presentadas por la contratista a dichos archivos, aclara que, en ‘el cálculo de las horas de pliego se tienen en cuenta los días de lunes a domingo, incorporando el número de horas contratado, que no es igual para los 7 días’; respecto al tiempo de vuelta a la base, se subraya que se ha tenido en cuenta un cómputo más beneficioso, al computar como servicio activo todas las horas desde el primer al último servicio del día”.

El resultado obtenido en esta tabla refleja un saldo deudor de 12.957,74 horas que la propuesta de resolución explica dado el menor número de ambulancias programadas por la anulación de los servicios médicos programados no vitales, subrayando además que este menor nivel de actividad es conocido de antemano por la contratista pudiendo, por tanto, dimensionar sus necesidades de personal.

E) Conclusión sobre este concepto de coste.

Todo lo anterior, a juicio de este Consejo, permite concluir fundadamente, tal y como hace la Propuesta de resolución, que no ha quedado acreditado por la reclamante — que se limita a aportar datos relativos a los servicios *Covid*—, un incremento significativo en sus costes globales de personal, dado que “si bien aparecen servicios *Covid* en los meses reclamados, se reducen de forma drástica el número del resto de servicios, tanto generales como urgentes”, lo que permitía una reubicación y readaptación del personal acorde con las nuevas necesidades.

En este sentido, las dificultades alegadas por la contratista para realizar dicha reubicación del personal caen dentro de la gestión empresarial y no tienen entidad suficiente para contradecir lo expuesto. La propia empresa contratista reconoce que algunos trabajadores, procedentes tanto del servicio urgente como del general, pasaron a atender servicios *Covid* y en su plan de formación se haya presente, justamente, la potenciación de la “ambivalencia laboral de los trabajadores”.

5. Costes de adquisición de bienes o servicios extraordinarios y directamente asociados con la pandemia.

A) Equipos y medios de protección.

Es sabido que la legislación sobre riesgos laborales obliga a la empresa a dotar a sus trabajadores de los equipos y medios de protección necesarios. Así, el art. 17.2 LPRL prevé expresamente que:

“El empresario deberá proporcionar a sus trabajadores equipos de protección individual adecuados para el desempeño de sus funciones y velar por el uso efectivo de los mismos cuando, por la naturaleza de los trabajos realizados, sean necesarios. Los equipos de protección individual deberán utilizarse cuando los riesgos no se puedan evitar o no puedan limitarse suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo”.

En este caso, siendo una empresa de transporte sanitario va de suyo que la realización de los servicios puede requerir el uso de los llamados EPIs en una diversidad de escenarios, que una razonable previsión de riesgos debe considerar.

La pandemia -cierto es- ha hecho que ese uso haya tenido que generalizarse, pero: i) ello no ha desequilibrado el contrato y, por ende, no puede excluirse del riesgo y ventura asumido; ii) la reclamación de todo el importe satisfecho para la compra de EPIs está presuponiendo que, en el seno de este contrato, estos materiales nunca corren a cargo del contratista, algo que, dado su singular objeto, no es posible compartir; y iii) la acreditación de estos costes no ha quedado indubitada, al no venir gran parte de las facturas presentadas vinculadas a la contratista, sino al grupo empresarial; y iv) no puede aceptarse tampoco los incrementos aplicados de un 6% por costes generales y beneficio industrial.

B) Horas de formación.

Tampoco parece admisible la imputación, en concepto de “otros costes” (6.660,26 euros), de las horas de formación del personal en riesgo biológico que serán compensadas con descansos. Al margen de que nuevamente se acredita mediante una factura no girada específicamente al contratista, es relevante el hecho de que el curso fue subvencionado, y el único coste que asume la empresa (las horas dedicadas al mismo por sus trabajadores que no identifica), encuentra su debido acomodo en las 40 horas de formación al año, comprometidas por la empresa en su oferta, mejorando las 25 establecidas en el PPT.

6. Coste de las incapacidades temporales asociadas a Covid.

El coste de las IT de los trabajadores forma parte, obviamente, del riesgo y ventura del contratista y no cabe apreciar que se haya producido una alteración contractual

sustancial en este apartado, más bien, en sentido inverso, si se compara el absentismo mensual de los años 2019 y 2020, el de este último resulta inferior (Anexo V, adjunto a la reclamación).

De otra parte, una vez más se incrementan indebidamente estos costes con un 6% por costes generales y otro 6% de beneficio industrial.

Octavo

Recapitulación final

1. Como ha reiterado nuestra jurisprudencia, modificar los términos de un contrato por circunstancias sobrevenidas, exige que éstas sean *radicalmente imprevisibles* y desequilibren *de manera sustancial* las prestaciones, todo lo cual, entraña una evidente *excepcionalidad*, así como la necesidad de que, quien pretende la modificación de lo acordado, *pruebe* todos estos extremos, en forma racionalmente convincente y decisiva.

2. Pues bien, a la vista de todo lo expuesto, los *sobrecostes* reclamados no han sido *justificados* de forma suficiente, se han incluidos aspectos *desligados* de la situación de pandemia y, como detalla la Propuesta de resolución, no se han tenido en cuenta ni valorado el correlativo *descenso* en otros servicios.

3. En suma, no se han superado "*los límites razonables de aleatoriedad*" de todo contrato, ni se ha producido un efecto "*patológico y desmesurado*" en su equilibrio prestacional. El contrato –recordemos– tiene un plazo de 4 años y una elevada cuantía total, de suerte que los costes extraordinarios alegados –y mucho menos, si se reducen en los términos expuestos–, no suponen una quiebra del *sinalagma* establecido o una excesiva *onerosidad*.

4. Por ello, a juicio del Consejo, en este caso, la aparición de las circunstancias de pandemia no puede dar lugar a la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible (*rebus sic stantibus*), pues se trata de riesgos propios de la prestación de los servicios contratados, que entran dentro del *riesgo y ventura* de ésta y no resultaban, al menos en parte, *imprevisibles*.

5. Por último, en relación con la reclamación de que *se fijen las condiciones para el abono de los costes que se produzcan hasta la finalización de la situación extraordinaria*, no cabe pronunciarse en este momento, ya que no es posible determinar a futuro si esos costes se van a dar efectivamente y cuál va a ser su importe.

CONCLUSIONES

Única

Las circunstancias sobrevenidas ligadas a la pandemia *Covid-19* no dan lugar, en este caso, a la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible (*rebus sic stantibus*), pues se trata de riesgos propios de la prestación de los servicios contratados, que entran dentro del *riesgo y ventura* de la empresa contratista; por lo que la reclamación presentada puede ser desestimada.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero