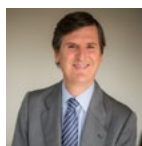
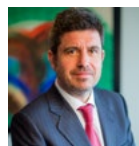


Preguntas clave sobre las medidas adoptadas en materia de contratos públicos por el COVID-19. Real Decreto 463/2020 y Real Decreto-ley 8/2020



Lucas Osorio
Socio
T +34 91 349 82 68
lucas.osorio@hoganlovells.com



Santiago Garrido
Socio
T +34 91 349 82 23
santiago.garrido@hoganlovells.com

La crisis ocasionada por el virus COVID-19 ha llevado al Gobierno de España a declarar, a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (“**RD 463/2020**”), el estado de alarma en todo el territorio nacional. La duración inicial del estado de alarma era de 15 días naturales computados desde el pasado 14 de marzo, pero el Congreso de los Diputados ha ratificado la extensión del estado de alarma por otros 15 días adicionales.

Los efectos de la crisis son, por el momento, inimaginables en toda su proporción, pero es evidente que tendrán un extraordinario impacto en todos los ámbitos económicos, sociales y personales conocidos.

Al objeto de regular la situación e intentar paliar los efectos negativos de la crisis, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19 y, más recientemente, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, sobre medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (el “**RD-ley 8/2020**”). Se adjunta como Anexo 1 el art. 34 del RD-ley 8/2020 para facilitar el seguimiento de la presente nota.

Concretamente, el RD-ley 8/2020 contiene una serie de medidas dirigidas a regular supuestos especiales de suspensión, prórroga, aplazamiento de plazos, compensaciones y reequilibrios en relación con los

contratos de obras, concesiones de obras y servicios, servicios y suministros como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 (en su conjunto, las “**Medidas**”).

Las Medidas han generado dudas interpretativas sobre el tipo de contratos afectados, cómo se van a ejecutar en la práctica, cómo y cuándo se deben solicitar los derechos reconocidos o qué efectos tendrá la aplicación de todo lo anterior. En esta nota se intenta dar respuesta a algunas de estas dudas aportando soluciones útiles y de carácter práctico.

La nota se estructura en cuatro apartados. Un primer apartado de cuestiones generales y otros tres referidos a la tipología de contratos tratados en los apartados 1 a 4 del artículo 34 del RD-ley 8/2020 (contratos públicos de servicios y suministros, contratos públicos de obra, y contratos públicos de concesiones de obras y de concesión de servicios).

1. Cuestiones generales

1.1 ¿Las Medidas aplican también a contratos privados del sector público o solo a contratos administrativos?

Tal y como ha confirmado la Abogacía del Estado en un informe de 19 de marzo de 2020 (online [aquí](#)), las

Medidas deben entenderse aplicables tanto a contratos administrativos como a contratos privados del sector público.

1.2 ¿Las Medidas aplican a contratos de todas las Administraciones Públicas? ¿Podrá haber normas de desarrollo en normativa autonómica y/o local?

El RD-ley 8/2020 ha sido dictado por el Gobierno del Estado como normativa básica en el ejercicio de sus competencias exclusivas. En principio, el RD-ley 8/2020 no da margen a las Comunidades Autónomas y Entidades Locales a establecer un régimen contrario al contemplado en la normativa estatal, más allá de desarrollos puntuales.

No obstante lo anterior, encontramos normas como el Decreto Ley 7/2020, de 17 de marzo, de la Generalitat Catalana en las que se contemplan medidas de dudosa compatibilidad con el RD-ley 8/2020. Así, por ejemplo, en el art. 6 del mencionado Decreto Ley 7/2020 de la Generalitat Catalana:

(a) Se declaran suspendidos automáticamente (sin necesidad de levantar acta de suspensión) todos los contratos de obra y de servicios o asistencias vinculados, contratados por la Administración de la Generalitat o su sector público, salvo aquellos vigentes contratados por emergencia o aquellos que por su carácter básico o estratégico el órgano de contratación decida mantener su ejecución, aunque sea parcial.

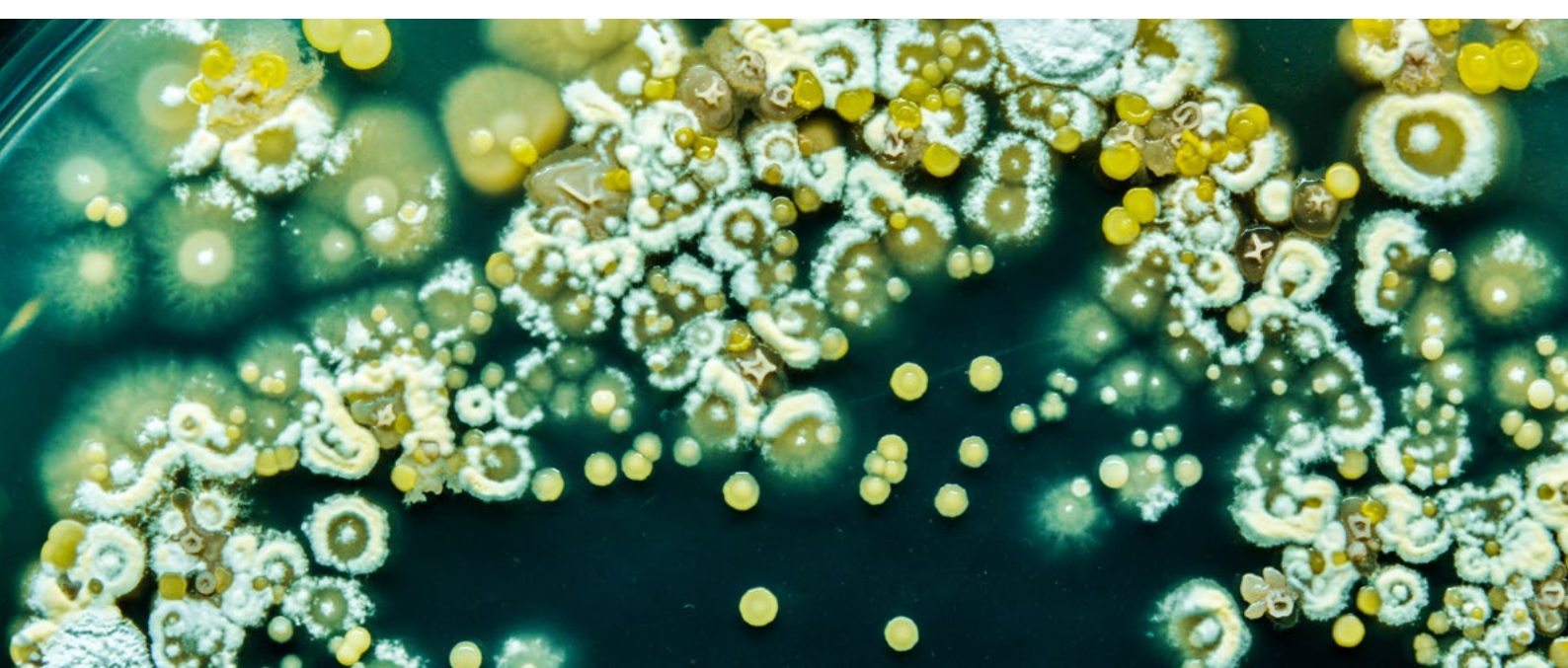
Esta declaración general de suspensión automática casa mal con el régimen previsto en el RD-ley 8/2020, en el cual es cada contratista el que tiene que solicitar al órgano de contratación la suspensión del contrato correspondiente de acuerdo con el procedimiento y requisitos establecidos en dicha norma.

(b) Se autoriza a los órganos de contratación a abonar en concepto de pago anticipado, a cuenta del precio del contrato, un importe igual al de la última certificación de obra o factura del contrato de servicio o asistencia a la obra. No obstante, a continuación se indica que la aceptación de este pago por parte de los contratistas supondrá su renuncia a percibir cualquier otro importe en concepto de indemnización derivado de la suspensión del contrato.

El RD-ley 8/2020 no prevé ni la posibilidad de abonar pagos anticipados ni tampoco que su aceptación suponga su renuncia a percibir cualquier otro importe en concepto de indemnización derivado de la suspensión del contrato.

También podemos destacar el Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo, de la Junta de Andalucía, en cuyo art. 11 se indica que cuando no sea posible la normal ejecución de un contrato de servicios o de concesión de servicios “*tal circunstancia no constituirá causa legal de suspensión de la ejecución y no dará lugar a la suspensión del pago de la parte efectivamente prestada. Igualmente se abonarán los gastos salariales de la plantilla imputables a la administración, así como el resto de costes asociados a la prestación del servicio en las condiciones del contrato adjudicado*”. Todo ello, aclara el Decreto-ley 3/2020 de la Junta de Andalucía, “*sin perjuicio del abono del resto de conceptos indemnizatorios establecidos en la normativa aplicable al contrato en los casos en que proceda*”.

De lo descrito anteriormente, viendo el distinto grado de desarrollo por algunas Comunidades y anticipando otras disposiciones que puedan venir, no debe descartarse que existan distintos criterios interpretativos de las Medidas según qué Administración Pública o que, probablemente, algunos conceptos jurídicos indeterminados del RD-ley 8/2020, como la “imposibilidad de ejecutar los contratos”, acaben teniendo un significado diferente.



1.3 ¿Son de aplicación las Medidas a los contratos de los sectores excluidos?

Sí, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del art. 34 del RD-ley 8/2020, las Medidas también son de aplicación a los contratos con sujeción a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, o al Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero.

1.4 ¿Las Medidas aplican a contratos menores?

Sí, a pesar de que los contratos menores tengan un plazo máximo de duración de un año sin posibilidad de prórroga, las Medidas aplican también a los contratos menores, tal y como ha confirmado la Abogacía General del Estado (ver informe online [aquí](#)).

1.5 ¿Cómo afecta la declaración del estado de alarma acordada por el RD 463/2020 a las licitaciones en curso?

De acuerdo con la Disposición adicional tercera del RD 463/2020 se produce la suspensión automática de todos los procedimientos de las entidades del sector público desde la entrada en vigor de la norma, cualquiera que sea su naturaleza y, en consecuencia, también de los propios de la contratación pública, incluidas las licitaciones en curso. No obstante, se prevén algunas excepciones que pueden permitir, en ciertos supuestos, la continuación de determinados trámites o procedimientos de licitaciones en curso. Para un mayor detalle sobre estas excepciones se puede consultar la Nota Informativa publicada por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre la interpretación de la Disposición adicional tercera del RD 463/2020 (online [aquí](#)).

1.6 ¿Aplican estas Medidas a contratos no suscritos por entidades del sector público?

La literalidad del art. 34 del RD-ley 8/2020 limita su ámbito de aplicación a los contratos públicos (administrativos o privados) suscritos por entidades del sector público.

Sin perjuicio de lo anterior, algunas voces reclaman que se establezcan medidas similares en el ámbito de los contratos de derecho civil no sujetos a la normativa de contratación pública. Como botón de muestra, la Proposición no de Ley presentada el 24 de marzo de 2020 por el grupo parlamentario del Partido Popular en el Congreso relativa a la oportunidad de suspender la actividad de todo el sector de la construcción (ver online [aquí](#)), en la que se sostiene que “*si estas circunstancias generan supuestos indemnizatorios por razones de afección del coronavirus (COVID 19) en la obra pública, la reacción debe ser similar para obras privadas cuando la actividad es la misma*”.

A falta de medidas específicas para contratos no suscritos por entidades del sector público, no es descartable que

las Medidas del RD-ley 8/2020 se utilicen como criterio orientativo (pero no de aplicación automática). Así, por ejemplo, podemos destacar que la Abogacía del Estado, en un informe de 19 de marzo de 2020 (online [aquí](#)), ante la pregunta “*¿pueden las empresas de construcción continuar realizando obras de rehabilitación en curso en edificios y viviendas particulares?*” acude al art. 34 del RD-ley 8/2020 para concluir que la voluntad del legislador es que la actividad constructiva se mantenga salvo cuando, como consecuencia de la situación del estado de alarma, aquélla no resulte posible, afirmando que “*si este criterio rige para la contratación de obra pública, puede trasladarse igualmente a la contratación de obra privada*”.

2. Contratos públicos de servicios y de suministros (Arts. 34.1 y 2 del RD-ley 8/2020)

2.1 ¿La suspensión y reanudación de los contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva se aplica de forma automática? ¿Desde cuándo se han de producir los efectos de la suspensión?

De acuerdo con el párrafo primero del art. 34.1 del RD-ley 8/2020, los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas, “*quedarán automáticamente suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse*”. Este inciso parece indicar que la suspensión es automática.

No obstante, el mismo art. 34.1, párrafo tercero, señala que tal suspensión no opera de forma automática sino que “*solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo*”.

Existe así una cierta contradicción (automatismo frente a una necesaria aceptación por el órgano de contratación), aunque nos decantamos, por razones de prudencia, por interpretar que será necesario obtener la conformidad del órgano de contratación, criterio interpretativo que coincide con la Abogacía General del Estado, en su informe de fecha 19 de marzo de 2020 (online [aquí](#)).

Por ello, se recomienda a los contratistas que realicen una solicitud formal de suspensión. Dicho lo anterior, no es descartable que en ausencia de una petición formal pueda defenderse que en todo caso se ha producido una situación de imposibilidad material de ejecución, si bien el éxito de la alegación sería incierto.

Destacar, por otro lado, que no se establece un plazo concreto para solicitar la suspensión (podrá hacerse en



cualquier momento en que se acredite dicha situación), pero sí existe un plazo para los órganos de contratación, que deben responder en cinco días naturales. En caso de falta de notificación opera el silencio negativo.

En relación con el inicio de los efectos de la suspensión, en el citado informe de la Abogacía General del Estado (online [aquí](#)), se señala que, “una vez acordada la suspensión, sus efectos serán automáticos y se retrotraerán al momento en el que se produjo la situación de hecho que la originó”. En el mismo sentido, en una nota informativa del Ministerio de Hacienda de 23 de marzo de 2020 (online [aquí](#)), se indica que, una vez acordada la suspensión a instancia de parte, “sus efectos serán automáticos y se retrotraerán al momento en que se produjo la situación de hecho que impidió la prestación”.

2.2 ¿La reanudación de los contratos operará de forma automática?

No. La reanudación de los contratos (una vez cesen las circunstancias o medidas que vinieran impidiendo la ejecución) no operará de forma automática, sino que habrá de esperarse a la notificación por parte del órgano de contratación poniendo fin a la suspensión.

Este régimen podrá dar lugar a reanudaciones escalonadas de los contratos atendiendo a las fechas en las que los órganos de contratación vayan notificando sus decisiones a los contratistas. Habrá que estar atentos a la diligencia de las Administraciones Públicas al efecto de evitar dilaciones innecesarias y, en ese sentido, se recomienda una actuación pro-activa de los contratistas instando, en su caso, la notificación al órgano de contratación.

2.3 ¿Qué conceptos indemnizatorios pueden ser objeto de reclamación como consecuencia de una suspensión de un contrato de servicios o suministros por imposibilidad de ejecución?

Al igual que ocurre con los conceptos indemnizables de los contratos de obras (ver apartado 3.3 de esta Nota y

el art. 34.3 del RD-ley 8/2020), se establece un listado *numerus clausus* de los daños y perjuicios por los que el contratista será indemnizado. En concreto se dice que “**únicamente**” serán indemnizables los siguientes conceptos:

(a) Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

(b) Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.

(c) Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.

(d) Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

Esta enumeración dejaría sin indemnizar otros conceptos. De hecho, se dice expresamente que no aplicará el art. 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, relativo a la suspensión de contratos, que prevé otros conceptos indemnizatorios (ver apartado 3.3 de la presente nota).

2.4 ¿La suspensión puede constituir causa de resolución de los contratos?

No, en ningún caso, según establece el último párrafo del art. 34.1 del RD-ley 8/2020 (“la suspensión de los contratos del sector público con arreglo a este artículo no constituirá en ningún caso una causa de resolución de los mismos”).

No obstante lo taxativo de la disposición, creemos que en determinados supuestos (por ejemplo, contratos de pequeña duración en los que la suspensión tenga un efecto esencial) se podría argumentar la concurrencia de una causa de resolución si la prestación del servicio suspendido queda materialmente desnaturalizada o alterado esencialmente el contenido económico. En estos casos se deberá analizar si, atendidas las circunstancias, y de acuerdo con un criterio de proporcionalidad, se puede realizar una interpretación sistemática sobre la literalidad del precepto.

2.5 ¿En qué casos se puede solicitar una prórroga por demora en el cumplimiento?

De acuerdo con el art. 34.2 del RD-ley 8/2020, se podrá solicitar una prórroga por demora en el cumplimiento de los plazos si se cumplen los siguientes requisitos:

(a) Que se trate de contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado 1 del art. 34 del RD-ley 8/2020;

(b) Que el contrato no hubiera perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19;

(c) Que la demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato sea consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatirlo; y

(d) Que el contratista ofrezca el cumplimiento de sus compromisos si se le amplía el plazo inicial o la prórroga en curso (adviértase que el RD-ley 8/2020 no especifica cómo se tiene que ofrecer dicho cumplimiento ni cómo los órganos de contratación tienen que valorar si el compromiso es suficiente).

En relación con el primer requisito anterior (a), no queda claro a qué se refiere cuando dice que deben ser “*contratos contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior*” (art. 34.1). ¿Se refiere a contratos públicos de servicios y de suministros que no sean de prestación sucesiva? o ¿se refiere a contratos públicos de servicios y de suministros, sean o no de prestación sucesiva, cuyo cumplimiento no haya devenido imposible?

Creemos que lo pretendido es que el art. 34.2 regule los contratos públicos de servicios y de suministros que no sean de prestación sucesiva, por cuanto los contratos de prestación sucesiva implican y exigen una prestación continuada del servicio y su característica esencial es que el servicio se preste de manera ininterrumpida. Es decir, lo más relevante es que se preste efectivamente el servicio de manera continuada. Por ello, el art. 34.1 se refiere a imposible ejecución (de los contratos de prestación sucesiva) y el art. 34.2 a demoras en el cumplimiento de plazos (contratos que no sean de prestación sucesiva).

No obstante, entendemos que incluso en supuestos de contratos de prestación sucesiva en los que el contratista esté sujeto a plazos recuperables por el transcurso del tiempo, se podrían aplicar las medidas de prórroga por demora en el cumplimiento de determinados plazos, cuando una suspensión por cumplimiento imposible del contrato no resulte un cauce oportuno.

2.6 ¿Cuál será el plazo de demora?

El plazo de demora que se concederá no se regula con suficiente precisión.

El art. 34.2 del RD-ley 8/2020 sí dice de manera imperativa que la demora se concederá si el contratista lo solicita. Pero no concreta cuál será ese plazo, por cuanto señala que la demora podrá ser, “*por lo menos*”, equivalente al tiempo perdido, lo cual abre la puerta a solicitar un plazo igual o superior al tiempo perdido. Los contratistas deberán estar atentos a valorar la posibilidad de solicitar un plazo superior, si pueden demostrar que la reactivación efectiva del contrato es superior, por alguna circunstancia, al tiempo “matemático” perdido.

En cualquier caso, el contratista podrá pedir un plazo menor.

2.7 ¿Cuándo opera el reconocimiento de la demora?

No entra en detalles art. 34.2 del RD-ley 8/2020, pero en cualquier caso se tienen que dar los siguientes requisitos: (i) debe solicitarlo el contratista; y (ii) debe concederlo el órgano de contratación, previo informe del Director de la obra acreditando que el retraso no ha sido imputable al contratista y que se ha producido como consecuencia del COVID-19.

En cualquier caso, el art. 34.2 regula la concesión de la demora con carácter imperativo al señalar que el órgano de contratación “concederá” la ampliación del plazo cuando se acrediten las anteriores circunstancias. Se presenta por ello como una decisión reglada (cumplidos los requisitos indicados) y no tanto como una facultad discrecional.

2.8 ¿Qué conceptos indemnizatorios pueden ser objeto de reclamación como consecuencia de una ampliación o prórroga de un contrato de servicios o suministros por demora en el cumplimiento de los plazos previstos?

De acuerdo con el párrafo segundo del art. 34.2 del RD-ley 8/2020, los contratistas “*adicionalmente (...) tendrán derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato*”.

No obstante, no queda claro si los contratistas únicamente tendrán derecho a una indemnización por dicho concepto o si caben otros conceptos indemnizatorios, como podría dar a entender el uso del término “adicionalmente” al inicio del referido párrafo. Asimismo, se ha de advertir que en este párrafo, a diferencia de en otros apartados del RD-ley 8/2020, no se utilizan adverbios como “solo” o “únicamente” para delimitar los conceptos indemnizatorios. Se trata sin duda de un asunto que deberá analizarse en detalle y valorando el conjunto de circunstancias que concurren en cada caso.

2.9 ¿Qué pasa si la situación no genera una imposibilidad de continuar la ejecución del contrato que justifique su suspensión ni tampoco deriva en una mera demora en el cumplimiento de los plazos previstos, pero sí produce una mayor onerosidad o dificultades para cumplir otras obligaciones?

Esta cuestión no está expresamente regulada en el RD-ley 8/2020.

Por tanto, estos supuestos deberán analizarse atendiendo a las circunstancias de cada caso particular a la luz de los principios generales y de las distintas vías y cauces legales que contempla la normativa general de contratación pública.

2.10 ¿Las medidas de suspensión y prórroga previstas en el RD-ley 8/2020 aplican a todos los contratos de servicios y suministros?

No, de acuerdo con el apartado 5 del art. 34 del RD-ley 8/2020, estas medidas no serán de aplicación a los (i) contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19; (ii) los contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos; (iii) los contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte; ni (iv) a los contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

3. Contratos públicos de obras (Art. 34.3 del RD-Ley 8/2020)

3.1 ¿Cabe la suspensión de contratos de obras en los que la fecha prevista de entrega de la obra queda fuera del periodo afectado por el estado de alarma?

Este es uno de los puntos de más polémicos del RD-ley 8/2020.

Si bien el primer párrafo del art. 34.3 comienza indicando que la suspensión se podrá solicitar para cualquier contrato de obra vigente cuya ejecución hubiera devenido imposible, luego, en el párrafo cuarto del mismo art. 34.3, parece limitar el ámbito de aplicación a aquellos casos en los que la entrega de la obra esté prevista para una fecha dentro del periodo afectado por el estado de alarma.

Caben dos posibles interpretaciones alternativas:

(a) Que la suspensión solo cabe en aquellos contratos de obras en los que la entrega de la obra está prevista para una fecha dentro del periodo afectado por el estado de alarma.

Esta interpretación ha sido seguida por algunas administraciones (ver punto 5º de la Instrucción del Ayuntamiento de Córdoba – online [aquí](#)) y por parte de la doctrina académica (vid. el artículo del Catedrático D. José María Jiménez Feliu publicado en la web del Observatorio de Contratación Pública – online [aquí](#)).

(b) Que el artículo 34.3 del RD-ley 8/2020 contempla dos supuestos similares con regímenes ligeramente diferentes (la suspensión de la ejecución de la obra y la prórroga en el plazo de una entrega final próxima), con base en lo siguiente:

(i) Por un lado, el párrafo 1º del artículo 34.3 del RD-ley 8/2020, al señalar que la suspensión será de aplicación a **todos los contratos** siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos: (a) que “no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado”; y (b) que “esta situación genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato”.

(ii) Por otro lado, el párrafo 4º del artículo 34.3 del RD-ley 8/2020, relativo a la prórroga en el plazo de entrega final, al señalar que ese artículo será aplicable “a **aquellos contratos** en los que de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo” y que “como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado no pueda tener lugar la entrega de la obra”. En cuyo caso se exige que el contratista “ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le amplía el plazo inicial”. Resaltar que, en cualquier caso, el RD-ley 8/2020 no especifica cómo se tiene que ofrecer dicho cumplimiento ni cómo los órganos de contratación tienen que valorar si el compromiso es suficiente.



De acuerdo con esta segunda interpretación, que permitiría diferenciar dos supuestos, entendemos que el comienzo del cuarto párrafo del art. 34.3 (“*lo dispuesto en este apartado será de aplicación a aquellos contratos...*”) debería leerse como que el apartado 3 del art. 34 “**también**” aplica a los contratos cuya finalización del plazo de ejecución estuviera prevista entre el 14 de marzo y la finalización del estado de alarma.

Esta segunda interpretación, que en nuestro criterio es la más correcta según una lectura sistemática (no literal) del precepto, es la que parece sostener el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, tal y como se desprende de algunas declaraciones recogidas en prensa (online [aquí](#)).

3.2 ¿Cómo se debe solicitar la suspensión de un contrato de obra pública afectado por el COVID-19?

De acuerdo con lo dispuesto en el RD-ley 8/2020, el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación. En su solicitud, deberá indicar:

- (a) las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible;
- (b) el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y
- (c) los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.

Destacar, nuevamente, que no se establece un plazo concreto para solicitar la suspensión (podrá hacerse en cualquier momento en que se acredite dicha

situación), pero sí existe un plazo para que los órganos de contratación respondan. De esta manera, una vez presentada la solicitud el órgano de contratación deberá resolver en el plazo de cinco días naturales, con silencio negativo en caso de no hacerlo.

Respecto a la solicitud del contratista, será necesario enumerar correctamente los elementos adscritos a la ejecución del contrato, ya que una incorrecta identificación de los mismos podría limitar las posibilidades de obtener una completa indemnización por los gastos incurridos.

3.3 ¿Qué conceptos indemnizatorios se reconocerán como consecuencia de una suspensión o ampliación del plazo de un contrato de obras?

De acuerdo con en el RD-ley 8/2020 “solo” serán indemnizables los siguientes conceptos:

- (a) Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.
- (b) Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
- (c) Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.

(d) Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

De acuerdo con una interpretación literal, el contratista solo podrá reclamar dichos conceptos. Y para reforzar ese criterio, el art. 34.3 excluye expresamente la aplicación de ciertos artículos de la normativa de contratación pública (arts. 208.2 y 239 de la LCSP 2017 y arts. 220 y 231 del TRLCSP 2011), por lo que quedarían fuera:

(a) Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva (art. 208.2 de la LCSP 2017).

(b) Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión (art. 208.2 de la LCSP 2017).

(c) El 3% del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato (art. 208.2 de la LCSP 2017).

(d) Otros gastos indirectos y gastos generales, cuyo reconocimiento venía siendo aceptado por la jurisprudencia en contratos regidos por normativa previa a la LCSP 2017.

3.4 ¿La reanudación de los contratos operará de forma automática?

Al igual que en los casos del art. 34.1 del RD-ley 8/2020, la reanudación de los contratos (una vez cesen las circunstancias o medidas que vinieran impidiendo la ejecución) no operará de forma automática y habrá que

esperar a la notificación del órgano de contratación poniendo fin a la suspensión.

Como decíamos anteriormente, este régimen podrá dar lugar a reanudaciones escalonadas de los contratos y se recomienda estar atentos a la diligencia de las administraciones públicas al efecto de evitar dilaciones innecesarias.

3.5 ¿Qué pasa si la situación no genera una imposibilidad de continuar la ejecución del contrato que justifique su suspensión, pero sí que resulta en una mayor onerosidad o en dificultades para cumplir ciertas obligaciones?

Nuevamente, esta cuestión no queda expresamente regulada por el RD-ley 8/2020. Por tanto, estos supuestos deberán analizarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto y a la luz de los principios generales y de las distintas vías y cauces legales que contempla la normativa general de contratación pública.

4. Contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios (Art. 34.4 del RD-Ley 8/2020)

4.1 ¿Pueden las sociedades concesionarias solicitar un reequilibrio por la situación de hecho creada por las medidas adoptadas por el COVID-19?

Sí. El RD-ley 8/2020 contempla expresamente la posibilidad de que las empresas concesionarias soliciten un reequilibrio si se cumplen los siguientes tres requisitos:

(a) Que el desequilibrio se deba a la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el



Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatirlo;

(b) Que el órgano de contratación, a instancia del concesionario, aprecie la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en el punto anterior (ver apartado 4.4 de esta Nota); y

(c) Que el concesionario solicite el reequilibrio presentando una solicitud en la que acredite fehacientemente la realidad, efectividad e importe de la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados.

Destacar, al igual que hicimos con el art. 34.2 del RD-ley 8/2020, que el derecho al reequilibrio se regula con carácter imperativo (“*darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico*”), cuando se acrediten las anteriores circunstancias. Se presenta nuevamente como una decisión reglada (cumplidos los requisitos indicados) y no tanto como una facultad discrecional.

4.2 ¿Qué medidas se adoptarán para reestablecer el reequilibrio económico?

El artículo 34.4 del RD-ley 8/2020 prevé que el reequilibrio se acordará, según proceda en cada caso, mediante la ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15% o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

De acuerdo con esta redacción, parece que el Gobierno anticipa una cierta predisposición a reestablecer el equilibrio mediante la ampliación de plazos, si bien deja la puerta abierta a la posibilidad de modificar las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

4.3 ¿Qué conceptos deberá compensar el reequilibrio?

A diferencia de lo previsto para la suspensión de contratos de obras, servicios y suministros, el RD-ley 8/2020 no establece una lista *numerus clausus* de conceptos indemnizatorios, sino que se formula en términos abiertos, señalándose que el reequilibrio debe cubrir “en todo caso”: (i) la pérdida de ingresos y (ii) el incremento de los costes soportados (entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado), respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.

La expresión “*en todo caso*” parece incluso abrir la posibilidad de reclamar otros conceptos.

4.4 ¿Solo cabe solicitar un reequilibrio en caso de que la ejecución del contrato de concesión deviniera materialmente imposible?

El último párrafo del art. 34.4 del RD-ley 8/2020 es el que presenta mayor problema interpretativo al señalar que “*la aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo*”.

Caben aquí dos posibles interpretaciones:

(a) Una interpretación literal (sin tener en cuenta la sistemática y espíritu de la norma) que solo reconozca el derecho al reequilibrio si se produce una imposibilidad material de ejecución del contrato.

Esta interpretación literal llevaría a una situación en la que los efectos del COVID-19 podrían haber generado perjuicios pero, sin embargo, quedarían sin compensar por el hecho de que el objeto del contrato se podía seguir prestando (piénsese por ejemplo en una autopista de peaje, “técnicamente” abierta, pero sin coches).

(b) Entender que el concepto de “imposibilidad de ejecución del contrato” cubre también las situaciones donde es posible ejecutar el contrato pero en términos materialmente distintos a los previstos en la oferta formulada, que sirvieron de base para la adjudicación del contrato.

Esta interpretación, además de casar mejor con el sentido tradicional de la figura del reequilibrio, según ha sido interpretado por una abundante jurisprudencia, es la que mejor comulga con la sistemática del art. 34 del RD-ley 8/2020 y con el espíritu de la norma.

Si lo pretendido por el Gobierno hubiera sido limitar el ámbito de esta cláusula a supuestos de imposibilidad material de ejecución del contrato, lo lógico hubiera sido que se previera específicamente la suspensión del contrato (tal y como se contempla en relación con los contratos de obras, servicios y suministros), en lugar de prever la activación de un procedimiento de reequilibrio.

No olvidemos, por otro lado, que el art. 34.4 señala que el cálculo de la compensación debe tener en cuenta “*la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados (...) respecto a los previstos en la **ejecución ordinaria** del contrato de concesión*”.

ANEXO 1: ARTÍCULO 34 DEL RD-LEY 8/2020

Artículo 34. Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19.

1. Los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, quedarán automáticamente suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

Cuando con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, la ejecución de un contrato público quedará en suspenso, la entidad adjudicadora deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista. Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán únicamente los siguientes:

1º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

2º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.

3º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.

4º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo. Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Además, en aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente.

La suspensión de los contratos del sector público con arreglo a este artículo no constituirá en ningún caso una causa de resolución de los mismos.

2. En los contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19, cuando el contratista incurra en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, y el mismo ofrezca el cumplimiento de sus compromisos si se le amplía el plazo inicial o la prórroga en curso, el órgano de contratación se lo concederá, dándole un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El órgano de contratación le concederá al contratista la ampliación del plazo, previo informe del Director de obra del contrato, donde se determine que el retraso no es por causa imputable al contratista, sino que se ha producido como consecuencia del COVID-19 en los términos indicados en el párrafo anterior. En estos casos no procederá la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.

Adicionalmente, en los casos a que se refiere este apartado en su primer párrafo, los contratistas tendrán derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato. Solo se procederá a dicho abono previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía por el contratista de dichos gastos.

3. En los contratos públicos de obras, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, que celebren las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, y cuando esta situación genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, el contratista podrá solicitar la suspensión del mismo desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo. Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 208, ni en el artículo 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220, ni en el artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a aquellos contratos en los que, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo, y como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado no pueda tener lugar la entrega de la obra. En estos casos, el contratista podrá solicitar una prórroga en el plazo de entrega final siempre y cuando ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le amplía el plazo inicial.

Acordada la suspensión o ampliación del plazo, solo serán indemnizables los siguientes conceptos:

1º Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

Los gastos salariales a abonar, siguiendo el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021, publicado el 26 de septiembre de 2017, o convenios equivalentes pactados en otros ámbitos de la negociación colectiva, serán el salario base referido en el artículo 47.2.a del convenio colectivo del sector de la construcción, el complemento por discapacidad del artículo 47.2.b del referido convenio, y las gratificaciones extraordinarias del artículo 47.2.b, y la retribución de vacaciones, o sus conceptos equivalentes respectivos pactados en otros convenios colectivos del sector de la construcción.

Los gastos deberán corresponder al personal indicado que estuviera adscrito a la ejecución antes del 14 de marzo y continúa adscrito cuando se reanude.

2º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.

3º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.

4º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

El reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios que se contempla en este artículo únicamente tendrá lugar cuando el contratista adjudicatario principal acredite fehacientemente que se cumplen las siguientes condiciones:

– Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020.

– Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, a fecha 14 de marzo de 2020.

4. En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo.

5. Lo dispuesto en este artículo también será de aplicación a los contratos, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por entidades del sector público con sujeción a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

6. Lo previsto en los apartados 1 y 2 de este artículo no será de aplicación en ningún caso a los siguientes contratos:

a) Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

b) Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.

c) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.

d) Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

El régimen previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de las medidas que pueda adoptar el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, como autoridad competente designada en el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, para garantizar las prestaciones necesarias en orden a la protección de personas, bienes y lugares. Dichas medidas podrán implicar, entre otras, una modificación de los supuestos en los que procede la suspensión de los contratos.

www.hoganlovells.com

“Hogan Lovells” o “la firma” se refiere a la práctica legal internacional que incluye Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP y sus filiales.

El término “partner” (socio) se emplea para designar al socio o miembro de Hogan Lovells International LLP, de Hogan Lovells US LLP y de cualquiera de sus filiales, a cualquier empleado o consultor de posición equivalente, así como a ciertas personas, que se denominan socios, pero que no son miembros de Hogan Lovells International LLP y que no ostentan una cualificación equivalente.

Para más información acerca de Hogan Lovells, los socios y sus cualificaciones, consultar la página web www.hoganlovells.com.

Los resultados anteriores no garantizan un resultado similar. Publicidad de abogados. Las personas que aparecen en las imágenes pueden ser abogados o empleados, en la actualidad o en el pasado, o modelos sin conexión con la firma.

©Hogan Lovells 2020. Todos los derechos reservados.