La afección de la normativa COVID a los contratos de servicios y suministros con prestaciones sucesivas

Patricia Mendilibar Navarro

Asociado de Andersen Tax & Legal
Derecho Público y Regulatorio

El presente artículo analiza el impacto de la crisis sanitaria del COVID-19 en la ejecución de la contratación pública, concretamente, en los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva cuya ejecución ha devenido imposible. En este artículo, se analiza el ámbito de aplicación, el procedimiento de suspensión de estos contratos, las consecuencias indemnizatorias y el régimen especial de prórroga previstos en el artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (LA LEY 3655/2020).

The aim of this analysis is to find out the impact of COVID-19 on public procurement, particularly, on services and supply contracts. The consequences include the contract-suspension, the contractor compensation, and the possibility of extending the contract duration, among others, which are set out by Royal Decree 8/2020, dated 17 March.

I. Los supuestos del artículo 34.1 del RDL 8/2020

La declaración del estado de alarma ha tenido un efecto directo en la ejecución de los contratos públicos de servicios y suministros. El cierre de edificios e instalaciones y la paralización de servicios y actividades económicas ha afectado a entidades públicas y empresas privadas. El Gobierno de la Nación ha adoptado medidas específicas dirigidas a paliar los efectos económicos y sociales del COVID-19 aprovechando que una de las partes contratantes pertenece al sector público.

La idea del RDL 8/2020 es evitar los efectos negativos que sobre el empleo y la viabilidad empresarial puede tener la paralización de los contratos causada por el COVID-19. Se trata, dice su exposición de motivos, de impedir la resolución de los contratos estableciendo un régimen especial de suspensión que lo impida. Un régimen que obliga a la entidad contratante a hacerse cargo de los costes que debe afrontar el contratista que deja de percibir la contraprestación pactada. Se incluye, además, una medida dirigida a solucionar el problema causado por la suspensión de los procedimientos de licitación de los contratos públicos cuando no es posible adjudicar a tiempo el contrato a un nuevo contratista.

De ahí que artículo 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (el «**RDL-8/2020**»)) establezca dos supuestos:

a) La **suspensión total o parcial** de los contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva «*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. La prestación podrá reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

b) La **prórroga** de los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva cuando al vencimiento de los mismos no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación y no pudiera formalizarse el nuevo contrato, conforme a lo previsto en el artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (la «**LCSP**»).

El artículo 34 del RDL 8/2020 en general y el apartado primero en particular contiene una regulación especial de los contratos de servicios y suministros destinada a sustituir, tal y como indica el propio art. 34.1, la regulación ordinaria de la suspensión de los contratos del artículo 208.2 a) de la LCSP y 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 (el «**TRLCSP**»). Pero también sustituye el art. 20.4 LCSP 2017, o excluye al menos las condiciones en él contempladas.

Se trata de una regulación especial dictada con motivo de la situación excepcional generada por el COVID-19 que desplaza, aunque temporalmente, la regulación ordinaria. En este sentido, tal y como apunta la Abogacía del Estado, el RDL 8/2020 «*es una norma de rango legal, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19)*», por lo que su contenido ha de considerarse de aplicación preferente mientras dure el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo [(1)] . En adelante, distinguiremos las normas generales de contratación LCSP y TRLCSP de las normas especiales (el RDL 8/2020 y concordantes) refiriéndonos a estas últimas como la *normativa COVID-19*.

La idea del RDL 8/2020 es evitar los efectos negativos que sobre el empleo y la viabilidad empresarial puede tener la paralización de los contratos causada por el COVID-19

La precipitada redacción del artículo 34 del RDL 8/2020 suscita desde un principio numerosas dudas y disparidad de interpretaciones. Algunos de estos interrogantes han sido resueltos por la Abogacía del Estado, que aunque no vinculan a los órganos jurisdiccionales, sirven para guiar la actuación inmediata de los órganos de contratación. Además, el legislador ha rellenado algunas lagunas y concretado algunas imprecisiones a través de la Disposición Final Primera del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (el «**RDL 11/2020**») y la disposición final novena de Real Decreto-Ley 17/2020, de 5 de mayo. Ambos preceptos modifican en art. 34 con efectos retroactivos desde la entrada en vigor del RDL 8/2020.

En consecuencia, el análisis de la regulación especial de los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva debe partir de la interpretación conjunta del RDL 8/2020 y sus sucesivas modificaciones.

II. Ámbito de aplicación del artículo 34.1

1. Contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva

La suspensión y la prórroga de los contratos prevista en el artículo 34.1 del RDL 8/2020 se proyecta sobre un tipo concreto de contratos de servicios o suministros, los contratos recurrentes o de prestación sucesiva. En ellos el contratista se compromete a desplegar una actividad durante un período de tiempo determinado, es decir, se obliga a realizar el servicio o suministro de forma sucesiva y por precio unitario.

En este tipo de contratos, tal y como ha apuntado la Dirección General de Contratación y Servicios de Madrid [(2)] , el tiempo es más esencial que en los contratos de resultado, porque no solo es una condición del objeto contractual, «*sino que es parte del mismo*».

Aunque la regulación del art. 34.1 afecta con carácter general a todos los contratos de servicios y suministros de naturaleza sucesiva se excluyen del mismo (i) los necesarios para la prestación de servicios sanitarios y farmacéuticos vinculados con la crisis sanitaria del COVID-19; (ii) los necesarios para garantizar la movilidad y seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte y (iii) los contratos de seguridad, limpieza y mantenimiento de servicios informáticos (artículo 34.6 del RDL 8/2020).

La idea de esta exclusión solo puede partir de la consideración de que en ellos nunca se daría la imposibilidad de ejecución derivada de la paralización de actividades consecuencia del COVID-19 que es el supuesto de hecho de la que parte este precepto para regular la suspensión de los contratos. Tratándose de servicios esenciales deben seguir realizándose las sucesivas prestaciones de los contratos de servicios y

suministros sin que puedan quedar paralizados. Se trataba, en fin, de excluirlos porque se partía de la base de que no podían quedar afectados por el COVID-19. Por ello, cuando se cayó en la cuenta de que infraestructuras y edificaciones públicas que iban a quedar parcial o totalmente cerradas podían no requerir la prestación de los servicios de seguridad, limpieza o mantenimiento informático, el RDL 11/2020 procedió a incluirlos, aunque parcialmente, en el ámbito de aplicación del régimen jurídico especial siempre y cuando, claro está, se tratara de servicios a realizar en instalaciones cerradas. Así el régimen especial de la suspensión también resulta aplicable a la suspensión total o parcial de los contratos de seguridad, limpieza y mantenimiento informático de los edificios e infraestructuras que han quedado cerradas.

2. El art. 34.1 se aplica a la ejecución de todos los contratos de servicios y suministros recurrentes que estén vigentes y que hayan sido celebrados por cualquier entidad del sector público salvo las expresamente excluidas

La expresa mención de que no resultaría aplicable a los contratos afectados por la suspensión del art. 34.1 ni lo establecido 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, plantea dos interrogantes.

De un lado, como estos dos artículos a los que se hace expresa referencia forman parte de la regulación de los contratos administrativos, ¿hay que entender que no es aplicable a los contratos privados, esto es, a los contratos celebrados por las entidades del sector público con personificación pública o privada que no tienen la consideración de administración pública?

Debe tenerse en cuenta que el art. 34.1 al definir los contratos que afecta se refiere a los 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. Y el art. 3 incluye entidades de tres tipos: administraciones públicas, poderes adjudicadores que no son administraciones públicas, y otras entidades del sector publico que no son poderes adjudicadores. No hay, por tanto, razón alguna para excluir los contratos celebrados por poderes adjudicadores no administraciones públicas y otras entidades del sector público tanto más cuanto el régimen de la prórroga, que es el otro elemento que como hemos visto regula este primer apartado, es común a todos los contratos del sector público. Así, por otra parte, lo ha interpretado la Abogacía del Estado [(3)] .

Cuestión distinta es que la regulación de la suspensión del art. 34.1 plantea problemas de difícil solución cuando se trata de aplicarla en contratos privados cuyos efectos, cumplimiento y extinción se rigen por el derecho civil. Resulta completamente ajeno a estos contratos la idea de acto y silencio administrativo que preside la regulación de la suspensión. Pero no solo eso, cuando se trata de entidades del sector público con personificación privada, sus actos no son controlables ante la jurisdicción contencioso-administrativa y los problemas ocasionados en la ejecución se resuelven ante la jurisdicción ordinaria. Queda por ver si los tribunales ordinarios aciertan a interpretar y aplicar este precepto.

A pesar de incluirse, como hemos visto, los contratos adjudicados por todas las entidades del sector público se excluyen expresamente los contratos de servicios y suministros recurrentes adjudicados por las entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado [(4)] . Se trata de dos requisitos acumulativos porque de no ser así, los contratos de las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores, que actúan sujetas a las reglas de la libre competencia quedarían excluidas y no ha sido lo que ha pretendido reflejar el Gobierno en esta norma.

Todo parece indicar que el RDL 8/2020 pretendía evitar la suspensión de los contratos suscritos por AENA Sociedad Mercantil Estatal, S.A(1). Sin embargo, es dudoso que la descripción utilizada para ello permita excluir los contratos de esta entidad que recibe ingresos de los Presupuestos Generales del Estado a través de subvenciones a cargo de los Presupuestos Generales del Estado que recibe su accionista mayoritario, ENAIRE [(5)] ; a través de las tasas aeroportuarias, que son un ingreso público cuyo importe final se actualiza a través de la Ley de Presupuestos Generales del Estado; y finalmente a través de las aportaciones dinerarias a los Planes de Pensiones que reciben sus trabajadores provenientes de los Presupuestos Generales del Estado [(6)] .

La segunda de las cuestiones planteadas por la referencia que contiene el art. 34.1 a la LCSP 2017 y el TRLCSP 2011, es ¿qué ocurre con los servicios y suministros de prestación sucesiva sujetos a la norma de contratación anterior al TRLCSP? Tanto en el TRLCSP 2011 como en la Ley vigente, los contratos de servicios y suministros no tienen una duración muy amplia, antes de seis años, ahora fijada en cinco años incluyendo las posibles prórrogas [(7)] . Como el art. 34.1 se aplica a los contratos vigentes es difícil que sigan en ejecución los contratos de servicios y suministros adjudicados con una legislación anterior al TRLCSP. No obstante, la modificación del RDL 8/2020 operada por el RDL 11/2020 ha aclarado que los contratos de servicios o consultorías o asistencias que es como se denominaban anteriormente los contratos de servicios, complementarios de los contratos de obras también pueden ser suspendidos al amparo del artículo 34.1 del RDL 8/2020 «cualquiera que sea la normativa de contratación pública a la que estén sujetos con arreglo al pliego» en la convicción de que son estos los únicos contratos de servicios adjudicados al amparo de normas de contratación pública anteriores al 2011.

3. Régimen aplicable a los contratos de servicios y suministros de tracto sucesivo excluidos por el artículo 34.6 del RDL 8/2020

Como se anticipó, el apartado sexto del art. artículo 34 del RDL 8/2020, excluía de la aplicación del art. 34.1 a determinados contratos de servicios cuya suspensión ni podía ni iba a producirse por ser necesarios para la realización de actividades esenciales. No obstante, el Gobierno no cayó en la cuenta de que este apartado no sólo regulaba la suspensión sino también el régimen de prórroga sin que hubiera razón alguna que justificase que no se les aplicara este segundo elemento. Por ello, el RDL 11/2020 matiza la exclusión anterior y especifica que la exclusión lo es del régimen de suspensión, siéndoles de aplicación el apartado que regula prórroga.

Mención especial hay que hacer a los contratos de limpieza y seguridad

Mención especial hay que hacer a los contratos de limpieza y seguridad. Excluidos inicialmente del art. 34.1, pronto se evidenció que no podían ser ejecutados en sus propios términos cuando los edificios en los que se prestaban no se mantenían abiertos. Por ello, el RDL 11/2020, introdujo la posibilidad de su suspensión total o parcial, en función de si alguno o algunos de los centros en los que el contratista venía prestando sus servicios se había cerrado total o parcialmente. En el supuesto de suspensión parcial, el contrato quedará parcialmente suspendido en lo que respecta a la prestación de los servicios vinculados a los edificios o instalaciones públicas cerradas total o parcialmente, desde la fecha en que el edificio o instalación pública o parte de los mismos quede cerrada y hasta que la misma se reabra. A estos efectos, el órgano de contratación le notificará al contratista los servicios de seguridad y limpieza que deban mantenerse en cada uno de los edificios. Asimismo, deberá comunicarle, la fecha de reapertura total del edificio o instalación pública o parte de los mismos para que el contratista proceda a restablecer el servicio en los términos pactados.

Las especialidades de los contratos excluidos quedan al margen del análisis que se realiza en los siguientes apartados, que se proyectará, exclusivamente sobre los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva incluidos en el ámbito de aplicación del art. 34.1 RDL 8/2020.

III. La suspensión de los contratos cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19

1. El presupuesto de hecho

En primer lugar, el artículo 34 prevé la **suspensión total o parcial** de los contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva «*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. La imposibilidad de ejecutar el contrato es el **presupuesto de hecho** que justifica la suspensión. Ahora bien, el artículo 34.1 no define qué debe entenderse por «*imposibilidad*» en el contexto del estado de alarma.

Aunque la norma incluye en la imposibilidad provocada tanto por la propia enfermedad o imposibilidad de facto, como las medidas adoptadas para combatirlas, esto es, una suerte de imposibilidad legal, la suspensión se producirá por lo general por este segundo elemento habida cuenta de la obligación que incumbe al contratista de poner los medios necesarios para la realización correcta de la prestación pactada. El presupuesto de hecho de la norma requiere, en consecuencia, que la prestación no pueda realizarse porque las medidas aprobadas para combatir la crisis sanitaria materialmente lo impidan.

En la LCSP —como en el TRLCSP 2011 —, la ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista, dice el art. 197 , salvo en el caso de fuerza mayor del contrato de obras del art. 239. Es decir, cada parte responde del cumplimiento de sus obligaciones y el contratista y no la administración asume el riesgo del contrato. Cuando la ejecución del contrato deviene imposible en los términos pactados, o bien se modifica siempre y cuando sea posible dentro de los límites legales o bien se resuelve. Por su parte, el artículo 208 de la LCSP prevé la suspensión del contrato incluida la suspensión que se produce a instancias del contratista cuando la administración no paga lo pactado. Aunque no se contempla expresamente, el art. 208 parece responder a los supuestos de suspensión del contrato por causas imputables a la administración contratante o incumplimiento de sus obligaciones, motivo por el cual no se aplica el riego y ventura del contratista y la administración ha de compensar al contratista por los daños generados por la suspensión así como por el lucro cesante, aunque tasado, en el tres por ciento del importe que debía habérsele abonado por la prestación que no ha podido realizar. Si en este precepto se incluyera la

imposibilidad de ejecución por causas ajenas a la administración contratante, el órgano de contratación estaría asumiendo el riesgo del contrato por cualquier circunstancia no imputable a su actuación que es, justamente, lo contrario de lo que indica el art. 197 LCSP.

Por este motivo, dice la exposición de motivos que lo que se pretende es establecer un régimen de suspensión específico en el que la administración compensa el riesgo y ventura del contratista y asume los daños ocasionados por la suspensión de un contrato que no se va a resolver. Así pues, no es posible comparar el régimen indemnizatorio del artículo 208 con el régimen del artículo 34 porque **no son comparables**. No se trata de que el RDL 8/2020 haya eliminado un régimen indemnizatorio más favorable porque estamos ante dos supuestos distintos: uno, el de la LCSP, la suspensión por causa imputable a la Administración (artículo 208 en relación con el artículo 198.5 de la LCSP); otro, el de la normativa COVID-19, que regula la suspensión por una causa que **no depende ni de la Administración ni del contratista y que tampoco puede incluirse en las causas de fuerza mayor que, a mayor abundamiento el art. 197 limita a los contratos de obras**.

De hecho, si el RDL 8/2020 no hubiera previsto expresamente esta causa de suspensión, los contratistas se encontrarían desprotegidos y deberían asumir los riesgos derivados de la pandemia. **Precisamente, el Gobierno pretende evitar que las Administraciones opten por la resolución del contrato al amparo del artículo 211 de la LCSP** ya que, como hemos avanzado, la imposibilidad no es una causa de suspensión sino de resolución.

Por lo expuesto, no era necesario aclarar que «*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*». Aunque el RDL 8/2020 no hubiera incluido esta previsión, el supuesto de hecho del artículo 208 no concurre en esta situación, por lo que se trata una mera aclaración y no de una exclusión en sí misma.

Por otra parte, la vocación del RDL 8/2020 es que la imposibilidad consista en una «***inviabilidad absoluta***» aunque temporal de ejecutar el contrato [(8)] . Esto no sucede cuando el contrato pueda continuar aunque, debido al estado de alarma, **varíe el modo en que puede ejecutarse**. Cuando hay posibilidad de ejecución, aunque sea a costa de modificar el contrato, éste debe seguir ejecutándose. De este modo:

a) La imposibilidad prevista en el RDL 8/2020 no es una imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente previstos, sino que consiste en una imposibilidad legal o material absoluta.

b) La imposibilidad puede existir desde el momento en que se decretó el estado de alarma o posteriormente, como consecuencia de la adopción de nuevas medidas por el Gobierno o por el cambio de circunstancias en que se desarrolla el contrato.

c) En cualquier caso, la imposibilidad de ejecutar el contrato es una cuestión de hecho que debe ser apreciada por la Administración contratante. Todo ello sin perjuicio de que esta decisión pueda ser revisada por los Tribunales.

Es necesario realizar un análisis casuístico para determinar si concurre o no el presupuesto habilitante, y que además, esta imposibilidad sea consecuencia (*i*) del COVID-19; o (*ii*) de las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o las Administraciones Locales. Asimismo, el contratista deberá justificar que existe una relación de causalidad entre estas circunstancias y la imposibilidad de ejecución del contrato.

En el supuesto de que la ejecución no fuera «*imposible*», la ejecución del contrato seguirá siendo obligatoria para la contratista y que, tal y como ha declarado la Abogacía del Estado:

> *«[...] sin que las medidas generales adoptadas en el estado de alarma (v.g., distancia mínima entre personas), puedan invocarse por la empresa contratista como perjuicios resarcibles por la Administración contratante, pues el Real Decreto-ley 8/2020 no prevé su resarcimiento y se trata, además, de inconvenientes o perjuicios derivados de medidas generales adoptadas por el Gobierno en una situación excepcional que, como tales, todos tienen el deber jurídico de soportar».*

En definitiva, el examen de la imposibilidad supone valorar las medidas de contención acordadas por el Gobierno de la Nación y la prohibición de realizar determinadas actividades. En el supuesto de que sea posible ejecutar el contrato, los contratistas no tendrán derecho a reclamar los daños producidos por las medidas generales adoptadas por el Gobierno de la Nación.

2. La suspensión no se produce de forma automática

Como hemos avanzado, no se trata de una suspensión *ex lege* ni de una suspensión automática, a pesar de que la dicción literal del texto original establecía que los contratos «*quedarán automáticamente suspendidos desde que...*». Ahora bien, el RDL 11/2020 ha modificado este apartado y ha suprimido el término «*automáticamente*».

La Abogacía del Estado ha interpretado que la suspensión no se produce de forma automática

Sin embargo, la Abogacía del Estado ha interpretado que la suspensión no se produce de forma automática, ya que entiende que existe «*cierta contradicción entre el carácter automático de la suspensión*» y la necesidad de que la aplicación de la suspensión esté supeditada a la justificación de las circunstancias y a la apreciación de las mismas por parte del órgano de contratación [(9)] . En consecuencia, en la medida en que existan contratistas que consideren que pueden continuar ejecutando el contrato, no se declarará la suspensión. De ahí que ésta tenga que ser instada por el propio contratista [(10)] .

A esta suspensión no le resultará de aplicación 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.

La suspensión se regirá exclusivamente por la normativa Covid-19 y el tiempo suspendido no computará a efectos contractuales. La suspensión no implicará ni un reequilibrio económico del contrato ni se debe tramitar un expediente de prórroga, a diferencia de lo que prevé el artículo 34.4 del RDL 8/2020.

3. Procedimiento para la declaración de la suspensión ex artículo 34 del RDL 8/2020

Cuando el contratista considere imposible ejecutar el contrato, debe dirigir una instancia al órgano de contratación justificando las siguientes circunstancias, expresadas en el artículo 34 del RDL 8/2020:

a) Las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible.

b) El personal, dependencias, vehículos, maquinaria, instalaciones y equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento, así como las garantías y seguros vinculados al contrato.

c) Los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.

d) Los daños y perjuicios sufridos.

Respecto a la cuantificación de los daños y perjuicios, es posible que el contratista no pueda determinarlos en el momento de presentar la solicitud. Si presenta la solicitud durante la vigencia del estado de alarma o de sus prórrogas, **el contratista todavía no puede cuantificar los daños que se producirán**.

Incluso, si presenta la solicitud una vez se levante el estado de alarma, es posible que todavía no haya podido cuantificar los daños y perjuicios que se le han irrogado durante el período de suspensión. La aplicación de este requisito debe ser flexible, atendidas las circunstancias del caso.

La Abogacía del Estado también permite que la suspensión del contrato se produzca de oficio. Este órgano considera que el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de suspender el contrato de oficio si aprecia la imposibilidad total de ejecución [(11)] . Esta suspensión tendrá los mismos efectos que la suspensión solicitada por el contratista.

4. Plazo para solicitar la suspensión del contrato

El artículo 34.1 RDL 8/2020 no establece un plazo para solicitar la suspensión del contrato. Aunque el Real Decreto-ley objeto de análisis es de aplicación preferente sobre la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, es necesario cohonestar lo dispuesto en la normativa COVID-19 con la norma general.

En este caso, **el artículo 208. 2. c. LCSP establece que el derecho a reclamar prescribe en un año contado** desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato. En consecuencia, la falta de una mención al plazo en la normativa COVID-19 no significa que se pueda presentar *sine die*, habida cuenta de que lo que se pretende es evitar la resolución del contrato.

De hecho, si el contratista no solicitara la suspensión en un plazo breve y razonable, el órgano de contratación **podría llegar a entender que se ha producido un incumplimiento y resolver el contrato**. Además, tampoco tendría sentido presentar la solicitud una vez desaparecida la causa que dio lugar a la imposibilidad que ha motivado la suspensión.

5. Resolución del órgano de contratación

El órgano de contratación debe comprobar las circunstancias consignadas en la solicitud y, en su caso, la realidad, efectividad y cuantía de los daños y perjuicios sufridos, con los límites expresados anteriormente, ya que es posible que el contratista no haya podido cuantificarlos todavía. El órgano de contratación dispone de cinco días naturales para pronunciarse sobre la estimación o desestimación de la solicitud. A estos efectos, se produce una derogación del régimen común para acelerar los plazos y el RDL 8/2020 prevé que los días han de ser naturales.

A partir de ese momento, existen tres posibilidades:

a) **Que el órgano de contratación dicte una resolución expresa y estimatoria en el plazo de cinco días:**

En este caso, se declarará la suspensión del contrato, que tendrá efectos retroactivos desde el momento en que se haya producido la situación de imposibilidad (LA LEY 76/2020) [(12)] .

Además, se trata de un acto meramente declarativo de una suspensión que ya existe legalmente.

Según la interpretación de la Abogacía del Estado, el contratista no podría ser penalizado ni incurriría en responsabilidad por el período de suspensión que hubiera existido antes de esa declaración en la que el órgano de contratación reconoce la imposibilidad.

b) **Que el órgano de contratación dicte una resolución expresa y desestimatoria en el plazo de cinco días:**

Si el órgano de contratación considera que es posible ejecutar el contrato, denegará la solicitud del contratista. La Abogacía del Estado considera que esta decisión se produce «*sin perjuicio de los recursos que este* [el contratista] *pueda promover contra tal decisión*» [(13)] .

Contra esta decisión, en principio, podría interponerse recurso de alzada o potestativo de revisión en el plazo de un mes (artículos 121 y 123 de la Ley 39/2015 . Sin embargo, en virtud de la suspensión de plazos operada por la disposición adicional tercera del RD 463/2020, el contratista no podrá interponer ningún recurso en vía administrativa contra la desestimación de la solicitud. En consecuencia, deberá esperar a la reanudación de los plazos administrativos o al levantamiento del estado de alarma para interponer los recursos administrativos que procedan y, en su caso, los recursos contencioso-administrativos.

Tampoco podría interponer un eventual recurso contencioso-administrativo, habida cuenta de la suspensión de los plazos procesales establecida en la disposición adicional segunda del RD 463/2020.

c) **Que el órgano de contratación no dicte una resolución expresa en el plazo de cinco días:**

Si transcurre el plazo de cinco días sin que el órgano de contratación dicte una resolución expresa, «*ésta deberá entenderse desestimatoria*» (artículo 34.1 del RDL 8/2020. Pese al empleo del «*deberá*», la Abogacía del Estado ha interpretado que el órgano de contratación podría dictar una resolución estimatoria pasado el plazo de cinco días naturales [(14)] , de conformidad con el régimen establecido en la Ley 39/2015.

La desestimación por silencio quedaría sujeta al mismo régimen de recursos que la desestimación expresa, pero el contratista deberá esperar al levantamiento de la suspensión de los plazos o del estado de alarma para interponer los recursos que considere.

En este punto, resulta interesante analizar las consecuencias que la jurisprudencia anuda a las **suspensiones *de facto* de los contratos**, ya que la normativa COVID-19 establece un régimen de suspensión especial, pero no regula las consecuencias de una falta de declaración de suspensión formal de la Administración.

La jurisprudencia es unánime al declarar que la indemnización no depende del requisito formal de que la suspensión conste reflejada en

la correspondiente acta. El Tribunal Supremo ha reconocido que los de la suspensión *de facto* son los mismos que los de la suspensión que se ha acordado formalmente.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2011 , que si bien se refiere al contrato de obras, son plenamente aplicables al supuesto que nos ocupa (n.º rec. 1640/2008):

> *«SEXTO.- El motivo es estimado por cuanto que el contratista tiene derecho a ser indemnizado como consecuencia de los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras en aquellos casos en los que, como sucede en el aquí analizado, la Administración contratante no procedió expresamente a declarar esa suspensión, pero sí se produjo una suspensión de las obras.*
>
> *"la inexistencia de una declaración formal de suspensión temporal de las obras no desvirtúa el hecho cierto y real de que la verdadera causa de paralización de tales obras no puede imputarse al contratista sino a la Administración, que incurrió así en un claro e inequívoco incumplimiento contractual"».*

Esta es la doctrina del Tribunal Supremo en las Sentencias de 18 de mayo de 2009 (n.º rec. 1754/2007), de 26 de junio de 2015 (n.º rec. 370/2014), y de 27 de mayo de 2013 (n.º rec. 5159/2010) (LA LEY 75932/2013) que interpretan el artículo 203 de la LCSP (LA LEY 17734/2017). La doctrina del TS queda reflejada, entre otras, en su Sentencia de 17 de noviembre de 2011 (n.º rec. 1640/2008) (LA LEY 229014/2011).

En este mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones (Dictamen 952/2011):

> *«En este sentido, la falta de declaración oficial de la suspensión de las obras no constituye obstáculo para que por la Administración contratante se eludan las responsabilidades en su caso, a ella imputables».*

La aplicación de esta doctrina supondría, a nuestro juicio, que si la Administración no dictara una resolución expresa de suspensión, el contratista debería ser igualmente resarcido. Este sería el régimen aplicable a las situaciones en las que el contratista no haya solicitado la suspensión, pero ésta se produzca *de facto* como consecuencia de la imposibilidad de ejecución. Por ello, una vez acreditada la existencia de una suspensión imputable a la situación de COVID-19 o a las medidas adoptadas por la Administración, se debería reconocer el derecho del contratista a ser indemnizado si éste ha presentado la solicitud que le impone el artículo 34 del RDL 8/2020.

Ahora bien. Las consecuencias **serían distintas** si la Administración **no se pronunciara** sobre la solicitud de suspensión, pues el RDL 8/2020 prevé que el silencio es desestimatorio. En este supuesto, el contratista debería impugnar la desestimación presunta de su solicitud y, posteriormente, reclamar la correspondiente indemnización. El régimen previsto en el RDL 8/2020 es criticable desde tres puntos de vista:

a) Por un lado, es contradictorio con las previsiones en materia de suspensión de la LCSP resultando, incluso, más gravoso para el contratista que el régimen general;

b) Por otro, aboca a los contratistas a una dilación temporal innecesaria para obtener la indemnización que reconoce el RDL 8/2020;

c) Finalmente, para determinados contratos en los que la inviabilidad absoluta es indiscutible, sería más favorable para el contratista esperar a que se produjera una suspensión *de facto* que solicitar la suspensión, ante el riesgo de que la Administración no conteste y se produzca el silencio desestimatorio.

d) **Suspensión del contrato**

La suspensión del contrato se extenderá durante todo el período durante el que esté vigente la situación de hecho o las medidas que motivaron la imposibilidad de ejecución. Una vez superada esta situación, *«el órgano de contratación notificará al contratista el fin de la suspensión»*.

Se trata de una obligación del órgano de contratación. Sin embargo, el RDL 8/2020 no asocia ninguna consecuencia al incumplimiento de esta obligación, por lo que el contratista podría realizar alguna de las siguientes actuaciones [(15)] :

a) El contratista podría dirigir un **requerimiento al órgano de contratación** poniendo de manifiesto que han cesado las circunstancias que motivaron la imposibilidad e inste al órgano de contratación a que le notifique expresamente el fin de la suspensión.

b) El contratista podría **notificar** al órgano de contratación **la continuación** del contrato, sin esperar ninguna instrucción al respecto.

c) El contratista podría quedar **a la espera** de que el órgano de contratación le notifique formalmente el fin de la suspensión para reanudar la ejecución del contrato.

En cualquier caso, el incumplimiento de esta obligación por parte de la Administración podría dar lugar a que el período de indemnización de daños y perjuicios se extienda hasta la fecha de notificación del fin de la suspensión. En este supuesto, la falta de reanudación no sería imputable al contratista, porque carece de la facultad de reiniciar el servicio *motu proprio*.

El tenor literal del RDL 8/2020 le obliga a esperar a que la Administración dicte una resolución expresa. Esta extensión del período indemnizatorio es todavía más evidente en los supuestos en los que no haya habido una pasividad del contratista, sino que éste haya intimado al órgano de contratación para que le notifique el fin de la imposibilidad.

6. Indemnización de daños y perjuicios

A) Partidas indemnizables

La consecuencia de la suspensión es la indemnización de daños y perjuicios al contratista. El artículo 34 del RDL 8/2020 establece una serie de matices respecto al régimen general de suspensión previsto en el artículo 208 de la LCSP.

De hecho, el RDL 8/2020 excluye expresamente la aplicación de lo dispuesto en el apartado 2. a) del artículo 208 de la LCSP y 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.

Los párrafos segundo a sexto del art. 34.1 del RDL 8/2020 regulan las consecuencias económicas de la suspensión del contrato consistente en el régimen especial de indemnización de daños y perjuicios, estableciendo que «*la entidad adjudicadora deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el período de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista*».

La entidad contratante deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el período de suspensión

Es decir, frente a la regla general del principio de riesgo y ventura del contratista [(16)] (artículo 197 de la LCSP), la entidad contratante deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el período de suspensión. Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado están tasados. Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado son «*únicamente*» los siguientes (artículo 34.1 del RDL 8/2020):

- 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 período 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.

En caso de suspensión parcial, los daños y perjuicios a abonar serán los correspondientes a la parte del contrato suspendida (artículo 34.1 *in fine* del RDL 8/2020).

Además, el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario

para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 añadió en el artículo 34 que permite que el órgano de contratación pueda conceder a instancia del contratista un anticipo a cuenta del importe estimado de la indemnización que corresponda. El abono del anticipo podrá realizarse en un solo pago o mediante pagos periódicos. Posteriormente, el importe anticipado se descontará de la liquidación del contrato. El órgano de contratación podrá exigir para efectuar el anticipo que el mismo se asegure mediante cualquiera de las formas de garantía previstas en la LCSP.

B) Especial mención a los gastos salariales

La Abogacía del Estado ha fijado el alcance de los gastos salariales. La Abogacía del Estado realiza una interpretación restrictiva de los gastos salariales y entiende que no puede extenderse a supuestos no previstos en ella y **excluye los gastos salariales satisfechos por los subcontratistas a sus trabajadores** [(17)] :

> *«ha de interpretarse como limitada exclusivamente a los gastos por salarios del personal con quien el contratista mantiene una relación laboral en los términos del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, TRLET) , esto es, a "los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección" del contratista, en este caso la SME consultante, sin que puedan considerarse comprendidos en el artículo 34.1.1º del Real Decreto-Ley 8/2020 los gastos por salarios efectivamente abonados por el subcontratista a los trabajadores de los que él es el empresario o empleador, pues es obvio que el la SME contratista no tiene relación laboral con tales trabajadores ni, por tanto, ha abonado de manera efectiva ningún salario a tales trabajadores».*

La Abogacía del Estado sostiene esta interpretación basándose en la existencia de dos relaciones jurídicas distintas: (i) la de la Administración contratante con el contratista; y (ii) la de la contratista principal con los subcontratistas. La Abogacía del Estado considera que esta última es ajena a la Administración contratante, ya que el artículo 215.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) al disponer que *«los subcontratistas quedarán obligados solo ante el contratista principal que asumirá, por tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración»*.

Esta interpretación no está exenta de controversia. Un sector doctrinal [(18)] considera que la exclusión de los gastos del contratista es contraria a una interpretación teleológica de la norma, que persigue el mantenimiento del empleo y apoyar la continuidad en la actividad productiva (Exposición de Motivos del RDL 8/2020.

La Abogacía del Estado realiza una interpretación restrictiva y sesgada del concepto *«gastos salariales»* y los limita a aquellos que derivan de una relación directa de la Administración con el contratista. Sin embargo, el tenor literal del precepto se refiere a los *«gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito»*. En consecuencia, el elemento que hay que valorar no es la **relación jurídica directa de la Administración con el adjudicatario**, sino el coste de los medios personales adscritos al contrato, que pueden haber sido objeto de subcontratación.

La Abogacía del Estado elude, igualmente, que el artículo 34 del RDL 8/2020 indica que en la solicitud de suspensión se ha de relacionar el personal adscrito a la ejecución del contrato, de forma amplia y sin limitarlo al personal que tenga una relación laboral directa con el adjudicatario.

Por otra parte, el artículo adolece de incongruencia interna porque, por un lado condiciona el abono de las indemnizaciones previstas, entre ellas los gastos salariales, a que se acredite de forma fehaciente que los subcontratistas que se hubieran contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020. Esta previsión carece de sentido si los gastos salariales no incluyen los costes de los subcontratistas porque su acreditación resultaría innecesaria.

En cambio, las cotizaciones a la Seguridad Social sí que se encuentran incluidas en la indemnización que debe abonar la Administración contratante.

El Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, incorpora un apartado 8 a este artículo 34 del Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo, en el que clarifica que, a los efectos de lo señalado en todo este artículo, los gastos salariales incluirán los relativos a las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondieran.

C) La compatibilidad del artículo 34.1 con la posibilidad de que los contratistas de la Administración aprueben expedientes de regulación temporal de empleo

El artículo 22 del RDL 8/2020 ha configurado la pandemia como **causa de fuerza mayor** que justifica un expediente de regulación temporal de empleo:

> *«[...] las pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados».*

A su vez, el artículo 34 del RDL 8/2020 prevé un régimen indemnizatorio a favor de los contratistas de la Administración pública cuando los contratos de servicios o suministros recurrentes se hayan visto suspendidos, como hemos visto. **Esta indemnización comprende los gastos salariales del personal que figurara adscrito a la ejecución del contrato**. Ahora bien, ¿es esta garantía una obligación de pago de salarios? ¿O se trata de una compensación para el supuesto de que estos salarios se hayan abonado efectivamente? Por tanto: **¿son estas dos medidas acumulativas o excluyentes?**

Para analizar la compatibilidad de estas medidas, hay que distinguir los fines que persigue la norma **laboral** y los objetivos de la **norma en materia de contratación**, en particular, la indemnización prevista en el artículo 34.1 del RDL 8/2020 :

a) • El objetivo del artículo 22 del RDL 8/2020 es la flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos. Por ello, se especifica que las pérdidas de actividad consecuencia del COVID-19 tendrán la consideración de fuerza mayor a los efectos de la suspensión de los contratos o la reducción de la jornada y se agiliza la tramitación de los procedimientos de regulación de empleo, tanto por fuerza mayor, como por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

b) • El objetivo del artículo 34.1 del RDL 8/2020 es el de evitar los efectos negativos sobre el «*empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos*» (Exposición de Motivos del RDL 8/2020), impidiendo la resolución de los contratos públicos.

En principio, **las dos medidas se proyectan sobre el empleo**, por lo que una interpretación literal llevaría a la posible aplicación conjunta del artículo 22 y del artículo 34.1 del RDL 8/2020. Ahora bien, esta interpretación literal es muy limitada y debe ser completada con el espíritu y finalidad de la norma. A estos efectos, se podrían sostener dos interpretaciones:

i. • **La incompatibilidad del ERTE y suspensión del contrato público: la indemnización de los gastos salariales ante la suspensión contractual impide la aprobación de un ERTE por fuerza mayor**

Por un lado, si los contratistas tienen reconocido un derecho indemnizatorio que cubre los gastos salariales, no concurre una **causa económica** que justifique el ERTE. Los contratistas no van a sufrir ningún perjuicio económico.

Además, si se admitiera esta interpretación, algunos contratistas podrían aplicar acumulativamente las dos medidas, beneficiándose del cobro de los salarios de los trabajadores que han sido objeto de un ERTE. El enriquecimiento injusto del contratista no es, desde luego, la vocación del legislador.

El artículo 34 del RDL 8/2020 elimina el eventual daño que podrían sufrir los contratistas ante la suspensión del contrato. Ahora bien, ¿sin **daño** puede haber **fuerza mayor** justificativa del ERTE?

El artículo 51.7 del Estatuto de los Trabajadores no menciona la existencia de un daño, sino que se refiere directamente a la existencia de la fuerza mayor:

> *«[...] la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo procedimiento tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado y en sus disposiciones de desarrollo reglamentario.*
>
> *El procedimiento se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento [...]»*

De este precepto no se desprende de forma explícita la existencia de un daño. Sin embargo, la fuerza mayor es un supuesto que libera a una de las partes contractuales a realizar una prestación o a asumir los daños causados por la fuerza mayor. Sin daño u obligación, no

existe la fuerza mayor. El artículo 1.105 del Código Civil, al regular los efectos exoneratorios, establece: «*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables*».

En consecuencia, a falta de un daño, no es posible acogerse a un expediente de regulación temporal de empleo, puesto que, en este supuesto concreto, no se trata de liberar al empresario de un hipotético «daño». El empresario no va a sufrir ningún daño como consecuencia de la suspensión de los contratos, ya que existe otra medida dirigida a paliar este daño.

En definitiva, a falta de un criterio homogéneo, las Comunidades Autónomas deberán adoptar las medidas que estimen oportunas, que en algunos casos podrían llegar a ser contradictorias. Esta ha sido la postura de algunas Administraciones, como el Ejecutivo vasco, que el 27 de marzo de 2020 anunció que rechazaría los ERTE de las contratistas de la Administración [(19)] .

ii. **La compatibilidad de los ERTES y la suspensión de los contratos: la indemnización de los gastos salariales ante la suspensión contractual no es una causa que impida la aprobación de un ERTE por fuerza mayor**

Desde otro punto de vista, deberíamos distinguir las medidas contractuales y las medidas laborales. En este sentido, si la suspensión del contrato pudiera encuadrarse como causa de fuerza mayor justificativa del ERTE, el contratista tendría derecho a plantearlo al amparo del artículo 22 del RDL 8/2020. Desde esta perspectiva, el ERTE se presenta como una medida independiente a la suspensión del contrato público. La autoridad laboral solo deberá constatar constatar si concurre la causa de fuerza mayor, con independencia de que el empresario tenga suscritos contratos públicos.

En nuestra opinión, la aprobación del ERTE debería eliminar de la indemnización del contratista los gastos salariales, ya que de lo contrario se estaría enriqueciendo injustamente. En estos casos, si el contratista solicita un ERTE, se aplicarán las medidas previstas en los artículos 24 y 25 del RDL 8/2020. El contratista no abonará los salarios a sus trabajadores y queda exonerado —total o parcialmente— de abonar la cotización a la Seguridad Social.

Lógicamente, la adopción de esta medida en el plano laboral, implica que el contratista no deberá ser indemnizado por los gastos salariales en que incurriría por la suspensión del contrato público, sin perjuicio del resto de conceptos por los que sí debe ser indemnizado (artículo 34.1 del RDL 8/2020).

Además, la norma no obliga a seguir pagando los salarios de los trabajadores, sino que la indemnización de gastos salariales del artículo 34 del RDL 8/2020 debe ser interpretada como una **compensación** para los supuestos en los que se hayan abonado efectivamente. Esta ha sido la interpretación del Juzgado de lo Social número 1 de Segovia, Sentencia 72/2020 de 21 de mayo (n.º rec. 236/220) (LA LEY 37643/2020), que ha desestimado la demanda presentada por el sindicato UGT, que pretendía la nulidad de la suspensión de los 32 contratos de trabajo propuestos por Avanza ante la caída de la actividad. El sindicato sostenía la incompatibilidad entre la suspensión del contrato público y la suspensión de los contratos laborales, pero la Sentencia ha concluido que:

> *«La dicción normativa hace referencia a gastos salariales que efectivamente hubiera abonado, de lo que se deduce que el precepto admite la posibilidad de que la empresa haya adoptado alguna medida que le exima del pago de salarios, como la suspensión de la eficacia contractual de los trabajadores afectados [...] razonamiento que conlleva la desestimación de la demanda».*

En cualquier caso, el Gobierno de la Nación debería haber optado expresamente por alguna de las interpretaciones expuestas y haberlo positivizado en los RDL aprobados al efecto. La falta de un criterio sobre esta materia puede dar lugar a una interpretación heterogénea por parte de las diferentes Comunidades Autónomas.

7. La prórroga de los contratos para garantizar la continuidad de la prestación

El artículo 34.1 RDL 8/2020 permite la prórroga de los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva cuando al vencimiento de los mismos no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación y no pudiera formalizarse el nuevo contrato, conforme a lo previsto en el artículo 29.4 de la LCSP. Y todo ello con independencia de la fecha de publicación de la licitación del nuevo expediente.

Esta prórroga es una excepción a la duración determinada de los contratos y a las previsiones contenidas en la LCSP en materia de prórrogas. La LCSP permite las prórrogas con carácter general «siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga» (artículo 29.1 de la LCSP).

El artículo 29.4 de la LCSP previó por primera vez la prórroga de los contratos si a la finalización de un contrato de suministros o de servicios no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la prestación a realizar, como consecuencia de incidencias o acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación, siempre que existan razones de interés público para no interrumpir la prestación y siempre que se haya publicado con una antelación mínima de 3 meses el anuncio de licitación del nuevo contrato; podrá prorrogarse el contrato vigente mientras dure la nueva licitación, hasta un plazo máximo de 9 meses.

A través de este precepto, el legislador pretendió zanjar una situación que se daba de forma frecuente: la prórroga forzosa mediante la aplicación, sin solución de continuidad, de los precios del contrato prorrogado forzosamente.

En esos casos, el contratista se veía obligado a seguir prestando el servicio con los mismos precios ofertados. Esta situación generaba una situación de inseguridad jurídica que la LCSP solventó mediante la introducción de los siguientes requisitos:

i. • La prórroga solo resulta admisible cuando se deba a «acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación». La regla general no es, por tanto, la prórroga de los contratos cuando, simplemente, no se haya adjudicado el nuevo contrato. Esta circunstancia se ha debido de ver paralizada, por ejemplo, por la interposición de un recurso especial. No sería causa justificativa para acordar la prórroga si el órgano de contratación se ha demorado en la elaboración del expediente de contratación. Tal y como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación del Estado (LA LEY 1187/2019):

> *«En todo caso, la forma adecuada de hallar una solución coherente con la finalidad perseguida por la norma es la exigencia de una diligencia reforzada de los órganos de contratación, en el marco de la previsión contenida en el artículo 28.4 de la Ley relativo a la programación y planificación de la actividad de contratación pública. Por tanto, en los supuestos en que, aun habiendo existido esa especial diligencia, se produzcan acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación, cabrá la prórroga a que alude el artículo 29.4 de la Ley, posibilidad que no resultará viable en los supuestos de negligencia imputable al órgano de contratación».*

ii. • Concurrencia de una causa de interés público que justifique la prórroga del contrato.

iii. • Que la prórroga no se extienda más allá de 9 meses, en cuyo caso el contratista tendrá derecho a la fijación de precios nuevos.

Es decir, la LCSP garantiza la continuidad de la prestación en beneficio de los administrados, si bien sometiendo su uso a requerimientos que impidan su utilización por simple negligencia del órgano de contratación.

Ahora bien. El RDL 8/2020 ha moderado los requisitos de aplicación de este precepto, ya que permite la prórroga en caso de no haberse formalizado contrato que garantice la prestación debido a acontecimientos imprevisibles como el que estamos viviendo. Eso sí, el órgano de contratación deberá respetar el resto de requisitos establecidos en el artículo 29.4 de la LCSP, como el mantenimiento de las condiciones del contrato y el plazo máximo de duración de la prórroga, esto es, 9 meses, que hemos analizado anteriormente.

El RDL 8/2020 debería haber previsto una prórroga más extensa, puesto que se limita a las prórrogas durante la vigencia del estado de alarma, a pesar de que pueden existir contratos susceptibles de prórroga que no estén vinculados al mantenimiento del estado de alarma.

---

(1) Nota de Abogacía del Estado de 1 de abril de 2020 sobre la *interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo*.

(2) Comunicación de 13 de mayo de 2020 sobre las *actuaciones a realizar en los contratos y los procedimientos contractuales en el momento en que finalice el estado de alarma y el fin de las medidas extraordinarias para hacer frente al Covid-19*.

(3) Nota de Abogacía del Estado de 19 de marzo de 2020 sobre la Consulta sobre si el artículo 34 del RDL 8/2020 resulta aplicable a las sociedades estatales (y fundaciones del sector público).

(4) RAMÍREZ MORA, J.M. (2020) *La suspensión de contratos públicos en la crisis sanitaria del Covid-19. Especial referencia a Aena*. Economist & Jurist. Recuperado de: https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/la-suspension-de-contratos-publicos-en-la-crisis-sanitaria-del-covid-19-especial-referencia-a-aena/ [Consultado el: 21 de mayo de 2020] Dice este autor que «*el legislador podría haber incluido tal concepto de contrato público, y realizar una exclusión ad nominem de AENA, que sin embargo no ha acometido. Item más, el artículo 34 habilita en el apartado 6 in fine, al Ministro de Transportes, como autoridad competente designada por el artículo 4 del Real Decreto 463/2020, que declara el Estado de Alarma, a "modificar los supuestos" en los que procede la suspensión de los contratos públicos, por tanto, la no adopción de medidas por parte de la autoridad, ante este debate ya público y mediático, con varias iniciativas de reclamación, por parte de los trabajadores y sus representatividades fundamentalmente, no cabe interpretarla de otro modo que reafirmando la interpretación expuesta*».

(5) El propietario del 51% de sus acciones es el Ente Público de Aeropuertos y Navegación Aérea (ENAIRE). ENAIRE es una entidad pública empresarial cuyos Estatutos reconocen que (artículo 54 del Real Decreto 905/1991, de 14 de junio) forman parte de sus recursos, entre otros, las subvenciones que, en su caso, pudieran incluirse en los Presupuestos Generales del Estado destinadas al Ente.

(6) *Vid.*. apartados dos y tres del artículo 18 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

(7) El RDL 11/2020 ha ampliado la duración de los contratos de servicios y suministros de prestación periódica. El artículo 29.4 ha incluido la siguiente excepción: «Excepcionalmente, en los contratos de suministros y de servicios se podrá establecer un plazo de duración superior al establecido en el párrafo anterior, cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. El concepto de coste relevante en la prestación del suministro o servicio será objeto de desarrollo reglamentario». Esta medida ha sido criticada por la ausencia de relación con la situación de COVID-19 o la declaración del estado de alarma (LÓPEZ MARTÍNEZ, J. (2020), La modificación de la duración del contrato público de suministro en plena pandemia, Recuperado de: https://blog.sepin.es/2020/04/modificacion-duracion-contrato-publico-suministro/ Consultado el: 23 de mayo de 2020).

(8) Nota de Abogacía del Estado de 1 de abril de 2020.

(9) Nota de Abogacía del Estado de 19 de abril de 2020 sobre la *consulta sobre el artículo 34.1 RD-L 8/2020 (párrafos primero y séptimo)*.

(10) *Íbid*.

(11) Nota de Abogacía del Estado de 1 de abril de 2020.

(12) Nota de Abogacía del Estado de 19 de marzo 2020 (LA LEY 76/2020).

(13) Nota de Abogacía del Estado de 1 de abril de 2020.

(14) *Íbid*.

(15) YBARRA MALO DE MOLINA, B. (2020) «Nota sobre la problemática legal derivada de la suspensión y ampliación de plazo de los contratos administrativos de servicios y suministros como consecuencia del COVID-19 y las medidas adoptadas para combatirlo». *Cronus jurídico*. Ed. Sepin.

(16) GIMENO FELIU, J.M.ª (2020) «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, págs. 42-53.

(17) Nota de Abogacía del Estado de 23 de marzo sobre la *Improcedencia de indemnizar al contratista, al amparo del artículo 34.1 del Real Decreto Ley 8/2020, por los costes salariales soportados por el subcontratista*.

(18) PÉREZ RAMOS, C (2020). *En caso de suspensión del contrato, ¿la indemnización de los gastos salariales incluye los gastos salariales de los contratistas?* Observatorio de Contratación Pública. Recuperado de: http://www.obcp.es/opiniones/en-caso-de-suspension-del-contrato-la-indemnizacion-de-los-gastos-salariales-incluye-los [Consultado el: 11 de mayo de 2020].

(19) Hacer lo contrario, señalan desde el Ejecutivo vasco, generaría que esas empresas obtienen un beneficio extraordinario injustificable e injusto. Estarían reduciendo los costes laborales al mandar a sus trabajadores a un desempleo temporal, mientras ingresan ese mismo dinero de quien les ha contratado. Un auténtico chollo en términos de cuenta de resultados. https://www.elcorreo.com/economia/administracion-abonara-salarios-

20200327105734-nt.html