

Novedades en el ámbito de la contratación pública derivadas de las medidas adoptadas para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19

La pandemia del COVID-19 está suponiendo una emergencia sanitaria que se está transmitiendo a la economía y a la sociedad a una velocidad inusitada, afectando tanto a la actividad productiva como a la demanda y al bienestar de los ciudadanos.

Para paliar los efectos que esta pandemia y las medidas de contención de esta crisis sanitaria están ocasionando, el Gobierno español ha aprobado (i) 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 (“RD 463/2020”); (ii) el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes y extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (“RDL 8/2020”) y (iii) el 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 (“RDL 11/2020”), que introduce diversas modificaciones en este último y en la normativa vigente en materia de contratación pública.

Estas normas han supuesto importantes novedades en el ámbito de la contratación pública que exponemos seguidamente.

I. Novedades derivadas del RD 463/2020: suspensión de procedimientos en el ámbito de la contratación pública

Una de las medidas más relevantes incluidas en el RD 463/2020 es la suspensión de los plazos de tramitación de todos los procedimientos de las entidades del sector público en virtud de su disposición adicional tercera.

Dicha suspensión afecta, lógicamente, a las licitaciones de los contratos públicos en los términos que se especifican a continuación:

- Durante la vigencia del estado de alarma, la regla general será la suspensión de todas las licitaciones en curso que estén desarrollando las entidades que forman parte del sector público conforme se define éste en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (es decir, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y el sector público institucional).
- A este respecto, si bien es cierto que el RD 463/2020 utiliza los conceptos de “suspensión” e “interrupción”, lo cierto es que no parece hacerlo de manera precisa desde el punto de vista jurídico. Más bien, cabe entender que lo hace de forma sinónima y genérica, ya que, como medida general, establece que los plazos “se reanudarán” cuando pierda vigencia el RD 463/2020 o sus prórrogas (sin distinguir entre los supuestos de suspensión y los de interrupción). De este modo, consideramos que los plazos se ven congelados o suspendidos durante el estado de alarma, reanudándose cuando se levante desde el mismo punto en el que se quedaron y por los días que restaban cuando dicho estado se declaró.
- En este mismo sentido se ha pronunciado la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado en su Informe de 20 de marzo de 2020, en respuesta a la consulta sobre la forma en la que habrá de procederse en el momento en el que pierda vigencia la suspensión de los plazos administrativos. Según dicho Informe, «los

GARRIGUES

plazos procedimentales a los que se refiere [la suspensión decretada] quedan suspendidos en el momento de la declaración del estado de alarma, reanudándose por el período que restare cuando desaparezca dicho estado de alarma, inicial o prorrogado, sin que en ningún caso vuelvan a empezar desde cero. Es decir, se “reanudan”, pero no se “reinician”».

- Sin perjuicio de lo anterior, la propia disposición adicional tercera del RD 463/2020 contempla determinadas excepciones a la regla general de suspensión. Aun cuando la literalidad del precepto en este punto resulta ambigua y podría suscitar dudas en cuanto a su alcance, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha interpretado su contenido y ha concretado en una nota informativa que dichas excepciones serían las siguientes en el ámbito de las licitaciones públicas:
 - (i) Que el órgano de contratación acuerde, mediante resolución motivada, medidas de ordenación e instrucción del procedimiento, siempre que éstas sean estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses del licitador y éste, además, manifieste su conformidad.
 - (ii) Que, aun no afectándose de modo grave los derechos e intereses de los licitadores, el órgano de contratación se dirija a ellos para obtener su consentimiento a la continuación de la licitación y éstos manifiesten su conformidad.
 - (iii) Que se trate de procedimientos referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma y el órgano de contratación acuerde motivadamente su continuación. Con ello, se trata de evitar que se paralicen aquellas actividades que pueden resultar más esenciales para el establecimiento y/o mantenimiento de medidas adecuadas para la gestión de la crisis sanitaria derivada del COVID-19.
 - (iv) Que se trate de licitaciones que tengan por objeto la satisfacción de “*las necesidades de interés público más esenciales*”, siempre y cuando el órgano de contratación acuerde su continuación de forma motivada.

Además de las licitaciones en curso, entendemos que también queda suspendido en los mismos términos antes expuestos el plazo para interponer recurso especial en materia de contratación en aquellos casos en los que resultase procedente.

Asimismo, a nuestro juicio, el procedimiento para la resolución del recurso especial por parte del órgano que corresponda también quedaría suspendido. Así lo han declarado en varias notas informativas, por ejemplo, el Tribunal Catalán de Recursos Contractuales o el Organismo Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que no pueden descartarse criterios diversos entre los órganos competentes sobre el alcance de esta última suspensión. Así, por ejemplo, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, ha informado de que, a pesar de la suspensión, dictará resolución “*sobre los recursos especiales y reclamaciones cuya tramitación hubiera concluido y únicamente estuviera pendiente de resolución*”.

A este respecto, debe señalarse que, de acuerdo con el criterio expresado por la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado en su Informe de 18 de marzo de 2020, “*si se prolonga el estado de excepción y hay constancia de la interposición de recursos contra la adjudicación, el órgano de contratación puede valorar la conveniencia de plantear al TARCR que se levante la suspensión [de la adjudicación], si realmente concurren razones de interés público*”.

II. Novedades derivadas del RDL 8/2020

Por su parte, el RDL 8/2020 establece en su capítulo III diversas medidas de garantía de liquidez para sostener la actividad económica ante las dificultades transitorias derivadas de la situación generada por el COVID-19. Entre tales medidas, destacan las previsiones singulares establecidas en su artículo 34, cuya redacción inicial ha sido modificada en algunos aspectos por la Disposición Final Primera del RDL 11/2020.

A continuación, explicaremos en qué consisten tales previsiones singulares, que, como veremos, varían en función de la tipología del contrato de que se trate, y apuntaremos algunas dudas que podría surgir en la práctica con su implementación.

▪ **Ámbito de aplicación del artículo 34 del RDL 8/2020**

Antes de pasar a analizar las citadas previsiones singulares, consideramos preciso hacer una mención previa al ámbito de aplicación del artículo 34 del RDL 8/2020.

Si bien en la redacción inicial del citado precepto en el RDL 8/2020 no se delimitaba expresamente dicho ámbito de aplicación, tras la modificación operada por el RDL 11/2020, se ha introducido un nuevo apartado séptimo en el que se precisa qué debe entenderse por “*contrato público*” a efectos del régimen de suspensión y compensación de este artículo.

De esta forma, con la redacción actual del precepto, podría interpretarse que se está dejando fuera de su ámbito de aplicación a todos aquellos contratos públicos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 3/2011, lo que, a nuestro juicio, deberá confirmarse a través de los informes que, en su caso, se emitan en interpretación del mismo.

▪ **Contratos públicos de servicios y de suministro de prestación sucesiva**

Suspensión de la ejecución de estos contratos

El apartado 1 del artículo 34 del RDL 8/2020 establece, en su primer párrafo, que los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva (es decir, de tracto continuado) vigentes, que hayan sido celebrados por los entes pertenecientes al sector público definidos en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”), 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 suspendidos total o parcialmente*” 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.

Es importante señalar que, a pesar de la ambigüedad del término “*imposibilidad*”, la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado ha emitido, con fecha 1 de abril de 2020, un Informe en el que sostiene que este concepto debe ser interpretado como una “*inviabilidad absoluta de ejecutar el contrato, lo que no sucede cuando éste pueda continuar, aunque, debido al estado de alarma, varíe el modo en que puede ejecutarse*”.

GARRIGUES

Asimismo, debe destacarse que, si bien en un primer momento el precepto en el RDL 8/2020 se refería a una suspensión “*automática*”, dicha referencia ha sido eliminada tras la modificación operada por el RDL 11/2020.

Procedimiento de suspensión

En principio, para que un contrato de servicios o suministro de este tipo se suspenda en estos casos es preciso que:

- El contratista dirija una solicitud de suspensión al órgano de contratación reflejando: (i) las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; (ii) el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y (iii) los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.

En todo caso, en el precitado Informe de 1 de abril de 2020, la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General señala que “*pese al silencio del artículo 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020, el órgano de contratación conserva la prerrogativa de suspender de oficio el contrato si aprecia que, por la crisis sanitaria vinculada al Covid-19, la ejecución del contrato deviene imposible, y ello aunque el contratista no lo solicite*”.

- El órgano de contratación aprecie expresamente la imposibilidad de ejecución del contrato en un plazo de 5 días naturales. Como ya hemos apuntado, el transcurso de dicho plazo determinará la desestimación de la solicitud por silencio, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda dictarse una resolución expresa posterior estimatoria, ex artículo 24.3.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“**Ley 39/2015**”).

En todo caso, las circunstancias puestas de manifiesto en la solicitud por el contratista podrán ser objeto de posterior comprobación por el órgano de contratación.

Daños y perjuicios a favor del contratista

Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado en estos casos, “*previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista*”, serán únicamente los siguientes:

1. 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.

Respecto a estos gastos, cabe destacar lo siguiente:

- El RDL 11/2020 ha clarificado que los mismos incluyen también “*los relativos a las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondieran*”.
- También aclara dicho RDL 11/2020 que, en caso de que entre el personal que figurara adscrito al contrato “*se encuentre personal afectado por el permiso retribuido recuperable previsto en el artículo único del Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo, el abono por la entidad adjudicadora de los correspondientes gastos salariales no tendrá el carácter de indemnización sino de abono a cuenta por la parte correspondiente a las horas que sean objeto de recuperación en los*

GARRIGUES

términos del apartado 5 del mencionado artículo único, a tener en cuenta en la liquidación final del contrato”. Además, la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado ha señalado en un Informe, del pasado 23 de marzo, que la referencia a estos gastos salariales “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”, sin que, por tanto, puedan incluirse en los mismos “los gastos por salarios efectivamente abonados por el subcontratista a los trabajadores de los que él es el empresario o empleador”.

2. Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
3. 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.
4. 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 línea con lo anterior, no resultaría de aplicación a estos supuestos la regulación sobre daños y perjuicios en supuestos de suspensión establecida en el artículo 208.2.a) de la LCSP ni la prevista en el artículo 220 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (“TRLSP”), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Esto último ha sido confirmado por la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado en su precitado Informe, de 1 de abril de 2020, en el que, *sensu contrario*, ha declarado que al procedimiento de suspensión sí resultan de aplicación “los apartados b) y c) del artículo 208.2 de la LCSP, relativos a la necesidad de levantar un acta de suspensión como requisito para la indemnización, y a la prescripción del derecho del contratista, en el plazo de un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato”.

Además, de acuerdo con dicho Informe, el plazo del que dispone la Administración para resolver la solicitud de indemnización formulada por el contratista (que deberá ser independiente de la de suspensión del contrato) es el general de tres meses previsto en la Ley 39/2015.

Otras reglas aplicables a estas suspensiones

- Cuando, al vencimiento de un contrato de este tipo 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 RD 463/2020, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la LCSP (que permite prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato), con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente.

GARRIGUES

- La suspensión no podrá constituir, en modo alguno, causa de resolución de estos contratos y la misma finalizará cuando el órgano de contratación así lo notifique, una vez hayan cesado las circunstancias que originaron la misma.
- **Contratos públicos de servicios y de suministro de prestación no sucesiva**

Mora del contratista y ampliación del plazo

El apartado 2 del artículo 34 del RDL 8/2020, por su parte, se refiere a los contratos de servicios y suministros distintos de los anteriores que estén vigentes y que hayan sido celebrados por los entes pertenecientes al sector público definidos en el artículo 3 de la LCSP. Para estos contratos, siempre y cuando no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19, prevé que, cuando el contratista incurra en demora en el cumplimiento de sus plazos como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, y 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 los motivos mencionados, a no ser que el contratista pidiese otro menor.

Así, el órgano de contratación le concederá al contratista la ampliación del plazo, previo informe del Director 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.

Aunque el precepto no hace ninguna referencia al plazo del que dispone el contratista para solicitar la referida ampliación, la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado ha interpretado, en su meritado Informe de 1 de abril de 2020, que el mismo es el establecido en el artículo 100 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, esto es, “*quince días desde aquél en que se produzca la causa originaria del retraso*”.

Es importante señalar que lo anterior, como se ha anticipado, únicamente resulta de aplicación si el contrato no ha perdido su finalidad, pues, de lo contrario, de acuerdo con el citado Informe de 1 de abril de 2020, “*el contrato se extingue (por desaparición de la causa, al devenir su objeto imposible), y el contratista tiene derecho a la liquidación de la prestación realizada*”.

Reglas especiales aplicables a estos supuestos de mora

- No procederá la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.
- Los contratistas tendrán derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubieran incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato, si bien solo se procederá a dicho abono previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía por el contratista de dichos gastos.

GARRIGUES

▪ Contratos públicos de obras

Ámbito de aplicación: contratos que tengan prevista su finalización durante el periodo que dure el estado de alarma

De acuerdo con la literalidad del artículo 34.3 del RDL 8/2020, en principio, “*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 periodo 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 (cumplimentando la correspondiente solicitud justificativa), siempre y cuando ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le amplía el plazo inicial.

El precepto, sin embargo, no regula expresamente qué ocurre en aquellos supuestos en los que estuviera previsto finalizar la ejecución del contrato en una fecha posterior a la finalización del estado de alarma pero este plazo pudiera verse afectado por la declaración del estado de alarma. En estos, casos, el citado Informe de 1 de abril de 2020 concluye que “*el contratista puede solicitar que se le amplíe el plazo de entrega, por no ser responsable de la causa del retraso, y conforme al vigente artículo 195.2 de la LCSP (o artículo 213.2 del TRLCSP)*”.

Suspensión de la ejecución de estos contratos

El apartado 3 del artículo 34 del RDL 8/2020 establece, en su primer párrafo, que los contratos públicos de obras vigentes a los que hemos hecho referencia que hayan sido celebrados por los entes pertenecientes al sector público definidos en el artículo 3 de la LCSP, 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 (pues de lo contrario, se extinguiría el contrato en los términos que se han expuesto en el anterior apartado), y cuando esta situación genere la imposibilidad de continuar su ejecución, el contratista podrá solicitar la suspensión del mismo desde que se produjera la situación de hecho que impida 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 notifique al contratista el fin de la suspensión.

Resultan de aplicación las consideraciones efectuadas anteriormente para los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva sobre el concepto de “*imposibilidad*”, el carácter no automático de la suspensión y la posibilidad de suspender de oficio. Además, la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado parece interpretar en su Informe de 1 de abril de 2020 que también cabría la suspensión parcial de estos contratos.

Procedimiento de suspensión

En principio, para que un contrato de este tipo se suspenda en estos casos es preciso que:

- El contratista dirija una solicitud de suspensión al órgano de contratación reflejando: (i) las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; (ii) el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos

GARRIGUES

adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y (iii) los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.

- El órgano de contratación aprecie expresamente la imposibilidad de ejecución del contrato en un plazo de 5 días naturales. El transcurso de dicho plazo determinará la desestimación de la solicitud por silencio, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda dictarse una resolución expresa posterior estimatoria, ex artículo 24.3.b) de la Ley 39/2015.

Aunque no se establezca expresamente, entendemos que, en estos casos, las circunstancias puestas de manifiesto en la solicitud por el contratista también podrán ser objeto de posterior comprobación por el órgano de contratación.

Daños y perjuicios a favor del contratista

Cuando se acuerde la suspensión o ampliación del plazo de ejecución de los contratos de obras a los que se ha hecho referencia, solo se indemnizarán al contratista los siguientes conceptos:

1. Los gastos salariales (incluyendo los relativos a las cotizaciones a la Seguridad Social) 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 de dicho convenio colectivo, el complemento por discapacidad de su artículo 47.2.b, y las gratificaciones extraordinarias de su artículo 47.2.b, así como 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 que continúe adscrito cuando se reanude.

2. Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
3. 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.
4. 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.

Ahora bien, dicho reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios 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.

GARRIGUES

- 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 LCSP, a fecha 14 de marzo de 2020.

En estos casos no resultará de aplicación la regulación sobre daños y perjuicios en establecida en los artículos 208.2.a y 239 de la LCSP, ni tampoco lo dispuesto en los artículos 220 y 231 del TRLCSP, en relación con supuestos de suspensión y fuerza mayor.

- **Contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios**

Derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato

La situación derivada de la declaración del estado de alarma previsto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, podría afectar especialmente a aquellas sociedades concesionarias cuyos cobros estén sujetos a riesgo de demanda, ya sea mediante peaje en sombra o peaje directo, mientras que entendemos el impacto será menor en aquellos contratos de concesión cuya retribución esté ligada a criterios de disponibilidad -sin perjuicio de que, por otras razones, se puedan ver afectadas por la situación en general-.

Para estas sociedades y para sus entidades financiadoras directamente afectadas en la forma anteriormente expuesta, resulta especialmente relevante el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión previsto en el apartado 4 del artículo 34 del RDL 8/2020, en la medida en que podrá permitir solventar - una vez adaptados los contratos financieros correspondientes- las eventuales contingencias que en los ingresos de las referidas sociedades concesionarias pudiera tener la situación actual, y como consecuencia de ello en el eventual perjuicio de su capacidad de pago o en la robustez de sus ratios financieros.

En concreto, el apartado 4 del artículo 34 del RDL 8/2020 establece, en su primer párrafo, que en los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes que hayan sido celebrados por los entes pertenecientes al sector público definidos en el artículo 3 de la LCSP, las situaciones de hecho creadas 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”*.

A tal efecto, será necesario que el órgano de contratación aprecie, a instancia del concesionario, la *“imposibilidad de ejecución del contrato”*, bien como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19, o bien como consecuencias de las medidas adoptadas por las Administraciones públicas para combatir y paliar sus efectos.

Respecto a este concepto de *“imposibilidad”* y siguiendo nuevamente el meritado Informe de 1 de abril de 2020, nos remitimos a lo expuesto anteriormente en el apartado relativo a los contratos públicos de servicios y suministro de prestación sucesiva.

Es importante señalar que el citado Informe contiene algunas consideraciones de interés en relación con las autopistas de peaje o autovías de primera generación que, a nuestro juicio, podrían, en su caso, resultar también extrapolables a otras concesiones de obras o servicios, que, sin ninguna duda, serán objeto de intenso debate y de enorme controversia en los tribunales. En particular, dicho Informe señala que:

GARRIGUES

- No concurriría la imposibilidad de ejecutar el contrato si la autopista o autovía sigue abierta al tráfico y éste está legalmente permitido.
- La reducción de ingresos derivada del descenso del número de vehículos no es causa de reequilibrio.
- Dicha reducción de ingresos no sería reconducible a los supuestos de fuerza mayor, circunstancia imprevisible ni “*factum principis*”. Y ello, porque (i) la situación de hecho derivada del COVID-19 no puede ser tratada como un supuesto de fuerza mayor y (ii) no se permite que, mediante la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones, se acaben renegociando los contratos de concesión y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020.

Alcance de la compensación

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato tendrá por objeto compensar 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*”.

En cuanto al concepto de “*gastos salariales adicionales*”, el Informe emitido por la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado el pasado 30 de marzo de 2020 señala que “*los casos en que estos costes salariales adicionales puedan producirse serán limitados, dado que se parte de una situación en la que no puede continuar la ejecución del contrato*”, poniendo como ejemplo de los mismos aquellos generados “*cuando el concesionario deba contratar, incorporando a su plantilla, el personal necesario para la conservación y el mantenimiento de la obra o servicio mientras dure la situación creada por el COVID-19*”.

Requisitos para el reconocimiento del derecho a obtener una compensación

Solamente se reconocerá dicha compensación a favor del concesionario, “*previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe*” por el contratista de dicha pérdida de ingresos y/o del incremento de gastos soportados.

Consideraciones específicas en relación con las financiaciones

Desde la perspectiva de las financiaciones de proyecto existentes, habrá que analizar - según cada financiación y sus términos particulares - cómo puede afectar esta situación a los calendarios de pago, así como a otras obligaciones de información y/o causas de vencimiento que se prevean en la documentación correspondiente. En particular, cada concesionaria tendrá que valorar qué comunicaciones realizar tanto a acreedores financieros como a la administración competente, para mantenerles puntualmente informados - en su caso - del impacto que la actual situación tiene o puede tener en la financiación correspondiente.

▪ **Contratos de los sectores excluidos**

El apartado 5 del artículo 34 del RDL 8/2020 establece que las medidas anteriormente expuestas también serán de aplicación a aquellos contratos que se encuentren sujetos a la

GARRIGUES

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 al 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.

▪ **Contratos expresamente excluidos**

El apartado 6 del artículo 34 del RDL 8/2020 establece expresamente que las reglas establecidas en los apartados 1 y 2 del mismo precepto no resultan de aplicación a los siguientes contratos, a excepción de la posibilidad de acordar la prórroga forzosa de los mismos conforme al artículo 29.4 de la LCSP:

- Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.
- Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.

No obstante, en relación con los contratos de seguridad y limpieza, el RDL 11/2020 ha habilitado que los mismos puedan suspenderse, parcial o totalmente, en aquellos casos en los que se haya producido el cierre, parcial o total, de los edificios o instalaciones públicas donde se ejecutan.

- Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.
- Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

Cabe presumir que estos contratos han sido excluidos del ámbito de aplicación de la referida regulación de suspensión y ampliación de plazos, sobre todo, por la especial relevancia que tiene la prestación de los servicios y suministros relacionados con los objetos de tales contratos en la urgente contención de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de COVID-19.

Sin embargo, siendo evidente la relevancia de tales contratos, en nuestra opinión, no cabe descartar la posibilidad de que la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por las Administraciones públicas competentes pudieran llegar a imposibilitar la ejecución material de alguno de ellos. En tal caso, podría llegar a resultar conveniente la aplicación de las reglas singulares establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 34 del RDL 8/2020 a tales contratos, aunque, en principio, no se encuentren sujetos a dicha regulación.

Finalmente, el último párrafo del apartado 6 del artículo 34 del RDL 8/2020 establece que 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”*.

III. Modificación del artículo 29.4 de la LCSP

El RDL 11/2020 modifica el párrafo segundo del apartado cuarto del artículo 29 de la LCSP, a fin de introducir la posibilidad excepcional de establecer una duración de los contratos de suministro superior a 5 años, cuando, hasta ahora, dicha posibilidad sólo se preveía para los contratos de servicios.

** Información actualizada a 3 de abril de 2020.*