

© Copyright 2020, vLex. All Rights Reserved.
Copy for personal use only. Distribution or reproduction is not allowed.

Crisis en la ejecución de los contratos públicos como consecuencia del COVID-19

Revista de Derecho vLex - Nbr. 191, April 2020

Author: Alberto Palomar Olmeda

Position: Socio. Broseta Abogados

Id. vLex VLEX-842769020

Link: <https://2019.vlex.com/#vid/crisis-ejecucion-contratos-publicos-842769020>

Summary

En el presente trabajo se abordan las novedades normativas adoptadas como consecuencia de la declaración del estado de alarma en el ámbito de la contratación pública. Estamos ante un conjunto de normas que han dispuesto un régimen normativo específico para la regulación de la fase de ejecución de los contratos.

Esta fase de ejecución es la que mayor impacto tiene en la contratación pública, pues afecta no solo a la relación bilateral entre Administración y contratista sino, eventualmente, a terceros ligados al contrato como los subcontratistas y a terceros ajenos a la relación contractual pero indirectamente afectados como son los proveedores de los propios contratistas.

Palabras clave: COVID-19, contratación pública, fase, ejecución.

Text

Content

- [1 - Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19 previstas en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020.](#)
 - [1.1 - Alcance de aplicación.](#)
 - [1.2 - Contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva.](#)
 - [1.3 - Contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior.](#)
 - [1.4 - Contratos públicos de obras.](#)
 - [1.5 - Contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios.](#)
- [2 - Aplicación del régimen general previsto en la normativa básica en materia de contratación pública. Teoría de la equivalencia económica de los contratos](#)
 - [2.1 - Suspensión de los contratos conforme al artículo 208 de la Ley 9/2017.](#)

- [2.2 - Modificación de la prestación contractual.](#)
- [2.3 - Ajustes ante la alteración indirecta de la prestación contratada.](#)
- [3 - Plazo para hacer efectiva la reclamación de los daños y perjuicios.](#)

El [artículo 190](#) de la [Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público](#) establece que los órganos de contratación ostentan la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

Por lo tanto, en materia contractual pública, únicamente, una de las partes, esto es, la Administración como garante del interés público que subyace en la contratación administrativa, puede acordar aquellas medidas que sean necesarias en el marco de la ejecución de los contratos ante las posibles incidencias que puedan suscitarse. El fin no es otro que asegurar la viabilidad de la ejecución de los contratos y, en consecuencia, la satisfacción de las prestaciones objeto de contratación.

Entre las posibles medidas que pueden ser acordadas por los órganos de contratación, se encuentran la modificación de los contratos o la suspensión temporal de los mismos con el fin de adecuar la realización de éstos a la situación excepcional que los perturba.

Y en este sentido, el [Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo](#), de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 ha establecido una serie de normas especial de aplicación preferente¹ a aquellos contratos en los que se den una serie de condiciones específicas ante las incidencias que está produciendo el COVID-19. No obstante, cuando no se den los requisitos establecidos en el propio [artículo 34](#) del [Real Decreto-ley 8/2020](#), o nos encontremos ante supuestos no contemplados en el alcance de la norma, resultará de aplicación el régimen que, con carácter general, prevé la propia [Ley 9/2017](#), puesto que la misma sigue desplegando plenamente sus efectos.

1 - Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19 previstas en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020

1.1 - Alcance de aplicación

Las medidas contempladas en el [artículo 34](#) del [Real Decreto-Ley 8/2020](#) son de aplicación a todos los contratos públicos, ya sean de carácter administrativo o privado, puesto que las mismas se extienden a todos los contratos celebrados por cualquier entidad del Sector Público, tal y como esta se define en el [artículo 3](#) de la [Ley 9/2017](#) o en el

[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](#).

Asimismo, las medidas acordadas son de aplicación a los contratos vigentes a la entrada en vigor del [Real Decreto-ley 8/2020](#) (17 de marzo), y que hayan sido celebrados por entidades del sector público con sujeción a la [Ley 31/2007, de 30 de octubre](#), sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales o 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.

En este sentido, se han generado importantes dudas en cuanto al alcance de la aplicación de dicho artículo, toda vez que únicamente el artículo 34 parece limitar su aplicación a aquellos contratos públicos celebrados durante la vigencia de las normas citadas. Así por ejemplo, no resulta claro en atención a la redacción literal de la norma, si ésta puede resultar de aplicación a una concesión administrativa formalizada al amparo del [Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio](#), por el que se aprueba el texto refundido de la [Ley de Contratos de las Administraciones Públicas](#).

Por su parte, se excluye expresamente de su ámbito de aplicación, los siguientes contratos de acuerdo con el apartado 6 del artículo 34, a excepción de lo previsto en el penúltimo párrafo del apartado 1 de dicho precepto, relativo a la prórroga de los contratos cuyo vencimiento fuera próximo y no hubiera dado tiempo suficiente para licitar un nuevo contrato ([artículo 29.4](#) de la [Ley 9/2017](#)):

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

b) Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos. Contratos. No obstante, en el caso de los contratos de servicios de seguridad y limpieza, sí será posible su suspensión total o parcial, en los términos establecidos en el apartado 1 del propio artículo 34, y a instancia del contratista o de oficio, si como consecuencia de las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatir el COVID 19, alguno o algunos de sus edificios o instalaciones públicas quedaran cerrados total o parcialmente deviniendo imposible que el contratista preste la totalidad o parte de los servicios contratados.

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.

c) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de

las infraestructuras y servicios de transporte.

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

Por su parte, el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, como autoridad competente designada en el [artículo 4](#) del [Real Decreto 463/2020](#), podrá adoptar la modificación de los supuestos en los que proceda la suspensión de los contratos, así como todas aquellas que se estimen convenientes de conformidad con el apartado sexto del citado precepto.

1. 2 - Contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva

Los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesivas, vigentes desde el día 17 de marzo (fecha de la entrada en vigor del [Real Decreto-ley 8/2020](#)), cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o de 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. 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.

En este sentido, la posibilidad de suspensión parcial fue establecida en atención a la modificación realizada por 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 en su disposición final primera apartado diez. Las modificaciones operadas por el citado [Real Decreto-ley 11/2020](#) tienen efectos retroactivos desde la vigencia del [Real Decreto-ley 8/2020](#).

Por lo tanto, el supuesto de hecho que habilita a la aplicación de la anterior suspensión es la inviabilidad absoluta o parcial de ejecutar el contrato. Dicha imposibilidad deberá ser objeto de examen por el órgano de contratación correspondiente. Al respecto, en el Informe de la Abogacía General del Estado de 1 de abril de 2020 se dice que:

"- La imposibilidad de ejecución es una cuestión fáctica que corresponde apreciar, en primera instancia, a la Administración contratante, sin perjuicio de que su apreciación sea revisable por los Tribunales.

- La imposibilidad supone la 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.

- La imposibilidad puede existir desde el mismo momento en que se decreta el estado de alarma o posteriormente, como consecuencia de la adopción de nuevas medidas por el Gobierno, o por el cambio de las circunstancias en que se desarrolla el contrato."

Ahora bien, en aquellos supuestos en los que la ejecución del contrato se ha visto gravemente comprometida, pero no imposibilitada, como consecuencia de los efectos del COVID-19 o de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para contenerlo, el meritado artículo 34 no establece ningún tipo de efecto ni reconocimiento alguno al derecho de obtener una indemnización. En estos supuestos, los perjuicios o inconvenientes que se deriven para la entidad contratante podrían ser objeto de algún mecanismo para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, siempre y cuando concurren los requisitos para ello, en aplicación de la teoría de la equivalencia económica de los contratos.

En lo que respecta al procedimiento establecido para acordar la suspensión:

i) El contratista debe formular la solicitud de suspensión al órgano de contratación reflejando:

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

ii) El órgano de contratación, en el plazo de cinco días naturales, suspenderá la ejecución del contrato de apreciar la imposibilidad de ejecución de éste como consecuencia de la situación provocada por el COVID -19 o por las medidas adoptadas por la Administración Pública. Transcurrido dicho plazo sin notificarse la resolución expresa al contratista, ésta deberá entenderse desestimatoria. Ahora bien, la Administración debe resolver en todo caso dicha solicitud, aún transcurrido el plazo establecido, pues ésta mantiene la obligación de resolver conforme al [artículo 21](#) de la [Ley 39/2015, de 1 de octubre](#), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

No obstante lo anterior, en lo relativo a la suspensión en los diferentes contratos que se prevén en el citado [artículo 34](#) del [Real Decreto-ley 8/2020](#), si bien el mismo precepto indica expresamente que ésta debe ser acordada por el órgano de contratación, previa solicitud del contratista, cabe señalar que:

a) La Abogacía General del Estado viene reconociendo la posibilidad de la suspensión de oficio por parte del órgano de contratación: "*Comparte este Centro Directivo los razonamientos jurídicos del borrador de informe que se eleva a consulta, relativos a la posibilidad de que, pese al silencio del [artículo 34.1](#) del [Real Decreto-ley 8/2020](#), el órgano de contratación conserve 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*" (Informe de la AGE de 1 de abril de 2020).

b) Dicha suspensión puede ser expresa o tácita. En este sentido, la suspensión tácita ha sido admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, considerando que la Administración no puede ampararse en la falta de declaración oficial de la suspensión, para eludir la indemnización que le corresponde abonar en favor del contratista

En el caso de que la suspensión sea acordada, la entidad adjudicadora deberá abonar al

contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista. Al respecto, hemos de indicar que en el Informe de 2 de abril de 2020, la Abogacía General del Estado ha estimado en relación a la solicitud de reclamación que *"Esa nueva solicitud puede presentarla el contratista al finalizar el periodo de suspensión, pero también serían admisibles solicitudes parciales de abono de los daños que se vayan produciendo, siempre que en cada una de ellas pueda ya acreditarse su realidad, efectividad y cuantía."*

En lo que se refiere al abono de los daños y perjuicio, se excluye la aplicación de lo previsto en el apartado 2.a) del [artículo 208](#) de la [Ley 9/2017](#), comprendiendo únicamente los siguientes conceptos:

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

Respecto a estos gastos, la Abogacía General del Estado ha emitido, el 23 de marzo, un Informe sobre la improcedencia de indemnizar al contratista por los costes salariales soportados por el subcontratista. En este sentido, tal consideración se fundamenta en los siguientes aspectos:

- No existe una relación contractual entre el órgano de contratación y el subcontratista, puesto que *"cuando el contratista acude a la subcontratación para la ejecución del contrato, surgen dos relaciones jurídicas diferenciadas: por una parte, la que liga a la entidad del sector público contratante (...) con el contratista (...) y, por otra, la que vincula al contratista (...) con el subcontratista, siendo esta última relación ajena por completo a la Administración contratante"*.

- El [Real Decreto-ley 8/2020](#) es una norma de carácter excepcional, y por lo tanto, de aplicación restrictiva. Así, los gastos por salarios del personal deben limitarse a aquéllos con quien el contratista mantiene una relación laboral en los términos del [artículo 1](#) del [Estatuto de los Trabajadores](#).

Por lo tanto, llega a concluir la Abogacía General del Estado en el citado Informe que *"si la empresa subcontratista debe proceder a realizar un ERTE a sus trabajadores, entiende este Centro Directivo que esa es una decisión que corresponde en exclusiva a la empresa subcontratista, por formar parte de su poder de dirección ([artículo 20](#) del [TRLET](#)) y en la que la SME consultante no puede intervenir en virtud del principio de relatividad de los contratos, al ser la relación del subcontratista con sus propios trabajadores una "res inter alios acta" ([artículo 1257](#) del [Código Civil](#))"*.

Asimismo, y conforme a la antedicha modificación operada por el [Real Decreto 11/2020](#), el apartado 8 del [Real Decreto-ley 8/2020](#) dispone que *"a los efectos de lo señalado en el presente artículo, los gastos salariales a los que en él se hace alusión incluirán los relativos a las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondieran"*.

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

- 3º. Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.
- 4º. Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

En aquellos casos de suspensión parcial, los daños y perjuicios a abonar serán los anteriores si bien limitados a la parte del contrato suspendida.

Asimismo, cabe considerar que resulta de aplicación los apartados b) y c) del [artículo 208.2](#) de la [Ley 9/2017](#), que se refieren a la necesidad de levantar un acta de suspensión como requisito para la indemnización y al plazo de prescripción del derecho del contratista a instar la reclamación (un año).

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

Por otra parte, además de la suspensión contractual, el apartado 1 del artículo 34 prevé otra medida especial como es la ampliación del plazo de ejecución. Así, se establece que cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación derivada de lo dispuesto en el [Real Decreto 463/2020](#) y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del [artículo 29.4](#) de la [Ley 9/2017](#), con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente. Para que opere esta ampliación, que conforme al citado artículo tendrá un periodo máximo de nueve meses, deberá acreditarse que existen razones de interés público para no interrumpir la prestación.

1. 3 - Contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior

Para los contratos de servicios y de suministros distintos a los anteriormente estudiados, y vigentes desde el día 17 de marzo, el apartado 2 del artículo 34 contempla, únicamente, la ampliación o prórroga del plazo de ejecución, que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. Para ello, deben concurrir los siguientes requisitos:

- El contrato no debe haber perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19.

La pérdida del objeto debe conllevar la extinción del contrato y la consecuente liquidación del mismo.

- El contratista incurre en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato.
- El contratista debe ofrecer el cumplimiento de sus compromisos si se le amplía el plazo inicial o la prórroga en curso.

Así pues, el contratista debe acreditar la incidencia del COVID en los plazos de ejecución del contrato y una vez apreciadas las anteriores circunstancias por parte del órgano de contratación, éste concederá la consiguiente ampliación o prórroga, previo informe del responsable 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.

Al respecto de la medida de ampliación prevista en este apartado, surgió el debate sobre si era posible su aplicación en los contratos menores, por cuanto que conforme a la [Ley 9/2017](#) la duración máxima de estos contratos es de un año, sin posibilidad de prórrogas. Pues bien, al respecto también se ha pronunciado la Abogacía General del Estado, en una Nota emitida el día 19 de marzo, en la que concluye que las previsiones contenidas en el artículo 34 resultan aplicables a los contratos menores por tratarse de una norma especial aplicable, sin exclusiones, a todos los contratos no suspendidos conforme al artículo 34.1 y cuya ejecución quede afectada por el COVID-19.

En el supuesto de que la ampliación del plazo sea concedida por el órgano de contratación:

- No procederá la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.
- Se le reconoce el derecho al contratista al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato. No obstante, para evitar todo enriquecimiento injusto del contratista, solo se procederá a dicho abono previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía de dichos gastos.

Al respecto de lo anterior, en el Informe de 2 de abril de 2020, la Abogacía General del Estado ha reconocido lo siguiente:

"Además de la posibilidad de pedir esa ampliación del plazo de ejecución, el artículo el [artículo 34.2](#) del [RDL 8/2020](#) reconoce al contratista el derecho a ser indemnizado por los "gastos salariales adicionales" en que hubiera incurrido durante "el tiempo perdido" por el Covid-19. Cabe entender que esos "gastos salariales adicionales" se refieren a los del personal adicional que, en su caso y durante el período de demora, haya sido necesario para garantizar la continuidad del contrato".

1. 4 - Contratos públicos de obras

En lo que respecta a este tipo de contrato, el apartado 3 del artículo 34 prevé la suspensión de los mismos cuando por consecuencia del COVID-19 o por las medidas adoptadas por el Estado, la ejecución del contrato se vea imposibilitada. Cabe entender que esta imposibilidad puede ser de carácter total o parcial².

La suspensión, una vez acordada, tendrá efectos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse, es decir, que hayan cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, y el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

El tenor literal de dicho precepto ha generado una confusión por parte de diferentes Administraciones y órganos de contratación que rápidamente emitieron instrucciones con interpretaciones diversas. En concreto, estas dudas interpretativas giran en torno a la posible limitación del alcance objetivo, que parece en un principio realizarse en el párrafo cuarto, sobre la posibilidad de suspender únicamente aquellos contratos en los que conforme al *"programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra"* estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo.

Si bien, dicho párrafo ha sido objeto de modificación por el [Real Decreto-ley 11/2020](#), no han desaparecido la duda interpretativa anterior.

Pues bien, entendemos que tal limitación restrictiva no debe operar, y que por tanto, la suspensión de los contratos de obra puede ser aplicable a todos aquéllos, ya sean de carácter administrativo o privados, celebrados por cualquier entidad del sector público.

Y es que, debe de realizarse una interpretación garantista de los derechos de los contratistas en la ejecución de los contratos, más teniendo en cuenta que como ha venido señalando la Abogacía General del Estado *"la finalidad de esta disposición es la de proteger al contratista que tenga dificultades para poder ejecutar los contratos públicos que le hayan sido adjudicados, debido a la emergencia sanitaria que ha motivado la declaración del estado de alarma"*.

Además, atendiendo a la ubicación sistemática del párrafo controvertido, cabría considerar que lo referido a aquellos contratos cuya finalización es próxima en el tiempo, además de solicitar la suspensión del mismo, podría plantearse en el marco de los mismos, la ampliación del plazo de ejecución.

Es más, lo establecido seguidamente en cuanto a que *"acordada la suspensión o ampliación del plazo, sólo serán indemnizables los siguientes conceptos"*, reforzaría dicha interpretación y nos daría la pista de que los párrafos primero y cuarto del citado apartado 3 prevén dos supuestos distintos:

- En general, la suspensión de todos los contratos de obra vigentes cuya ejecución se haya visto imposibilitada.
- En particular, y además de la posibilidad de suspensión, la ampliación del plazo contractual en aquellos contratos 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,

Para que opere uno u otro supuesto, los requisitos exigidos son los siguientes:

- i) Que la ejecución de la prestación objeto de contratación no hubieran perdido su finalidad .

ii) Que esta situación genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato. En este sentido, será de aplicación lo indicado anteriormente.

iii) Que en los supuestos de ampliación del plazo de ejecución, se generen graves perturbaciones que inciden en el normal desarrollo del contrato y que provocan que la finalización del mismo no se puede llevar a cabo en el plazo establecido, debiendo ofrecer el contratista el cumplimiento de sus compromisos pendientes en el supuesto de ampliación del plazo inicial.

En principio, y sin perjuicio de lo manifestado anteriormente en cuanto a la suspensión de oficio, el precepto establece que dicha suspensión debe ser solicitada de forma previa por el contratista al órgano de contratación mediante la correspondiente solicitud, en la que deberá quedar reflejado: a) las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; b) el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y c) los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.

El órgano de contratación, en el plazo de cinco días naturales, suspenderá la ejecución del contrato de apreciar su imposibilidad como consecuencia de la situación provocada por la situación de hecho creada por el COVID -19 o por las medidas adoptadas por la Administración Pública. Transcurrido dicho plazo sin notificarse la resolución expresa al contratista, ésta deberá entenderse desestimatoria, sin perjuicio de su obligación de resolver.

Acordada la ampliación o la suspensión, la entidad pública que adjudicó el contrato deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos comprendiendo exclusivamente (no resulta de aplicación lo previsto en el apartado 2.a) del [artículo 208](#) de la [Ley 9/2017](#), ni en el [artículo 220](#) del [Real Decreto Legislativo 3/2011](#)) los siguientes conceptos:

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

Los gastos salariales a abonar, siguiendo el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021, publicado el 26 de septiembre de 2017, o convenios equivalentes pactados en otros ámbitos de la negociación colectiva, serán el salario base referido en el artículo 47.2.a del convenio colectivo del sector de la construcción, el complemento por discapacidad del artículo 47.2.b del referido convenio, y las gratificaciones extraordinarias del artículo 47.2.b, y la retribución de vacaciones, o sus conceptos equivalentes respectivos pactados en otros convenios colectivos del sector de la construcción. Los gastos deberán corresponder al personal indicado que estuviera adscrito a la ejecución antes del 14 de marzo y continúa adscrito cuando se reanude.

Estos gastos incluirán los relativos a las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondieran pero no podrá ser objeto de indemnización al contratista los costes salariales soportados por el subcontratista

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

3º. Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y

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

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

A tal fin, deberá de extenderse un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél, a los efectos de acreditar los sobrecostes incurridos conforme al [apartado b\)](#) del artículo [208.2](#) de la [Ley 9/2017](#).

Además, el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios antes señalado, únicamente tendrá lugar cuando el contratista adjudicatario principal acredite fehacientemente que se cumplen las siguientes condiciones:

- a) 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.
- b) Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos [216](#) y [217](#) de la [Ley 9/2017](#), a fecha 14 de marzo de 2020.

En este sentido, resulta también cuestionable si estos requisitos son necesarios acreditarlo únicamente en los contratos de obras, o en todos los supuestos que se establecen en dicho artículo, toda vez que el propio precepto dispone expresamente que dicho resarcimiento "(...) *que se contempla en este artículo (...)*". Parece que por su ubicación sistemática, y por la redacción de dichas obligaciones, estas exigencias únicamente se refieren al contrato público de obras. Así también es entendido por la Abogacía General del Estado en su Informe de 2 de abril de 2020 "*Además, conforme al último párrafo del artículo 34.3 del RDL 8/2020, en los contratos de obras es requisito para reconocer la indemnización que se hayan cumplido las "obligaciones laborales y sociales" y las "obligaciones de pago a subcontratistas y suministradores"*".

Por último, cabe señalar una cuestión de interés como es la exclusión que el propio [artículo 34](#) del [Real Decreto-Ley 8/2020](#) realiza sobre la aplicación de los efectos de la fuerza mayor. En efecto, cabe recordar que el [artículo 239](#) de la [Ley 9/2017](#) establece que en casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato. Asimismo, dispone en su apartado segundo que tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u

otros semejantes.

c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

En este sentido, la Abogacía General del Estado en su Informe de 2 de abril de 2020 se manifiesta al respecto señalando que:

"La suspensión del contrato por el Covid-19 no legitima al contratista de obras para ser resarcido por fuerza mayor, pues el párrafo tercero del artículo 34.3 del RDL 8/2020 declara expresamente inaplicables el [artículo 239](#) de la [LCSP](#) y el [artículo 231](#) del [TRLCS](#) (que son los preceptos que regulan la indemnización por fuerza mayor al contratista de obras).

Igualmente, se estima que la situación de hecho por el Covid-19 tampoco sería equiparable a "fuerza mayor" o a "circunstancia imprevisible" a los efectos de, respectivamente, amparar una modificación del contrato de obras con base en el anterior [artículo 107](#) del anterior [TRLCS](#) o del 205 vigente de la [LCSP](#). Esto se justifica por las razones siguientes:

- Porque el [artículo 34](#) del [RDL 8/2020](#) excluye que la situación de hecho por el Covid-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor; de ahí que no lo califique como tal y que expresamente declare inaplicables los artículos de la legislación de contratos referidos a la fuerza mayor.

- Porque la aplicación preferente del [artículo 34](#) del [RDL 8/2020](#) a todas las consecuencias contractuales del Covid-19 no permite que, por la vía de la modificación del contrato, se acaben renegociando los contratos de obra y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el [artículo 34](#) del [RDL 8/2020](#)."

No obstante, resulta cuanto menos cuestionable el hecho de que la situación de emergencia sanitaria que nos acontece no pueda ser considerada como un supuesto de fuerza mayor tanto en términos generales como en materia contractual pública, habida cuenta que concurren todos los supuestos jurisprudenciales exigidos, esto es: i) imprevisibilidad, ii) inevitabilidad y iii) ajenidad³.

Además, desde la perspectiva de la normativa de contratación pública, podría incardinarse la pandemia del COVID-19 al supuesto de "alteraciones graves del orden público" previsto en el [artículo 239.2](#) de la [Ley 9/2017](#). Esta cuestión que deberá ser esclarecida por nuestros Tribunales, resultará esencial a los efectos de determinar el régimen indemnizatorio a favor de los contratistas a lo cual deberá atenderse a cada caso.

1. 5 - Contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios

En los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, vigentes a la entrada en

vigor del [Real Decreto-ley 8/2020](#) (17 de marzo), se establece un régimen de compensación que difiere de manera sustancial al régimen general de la [Ley 9/2017](#).

En este sentido, la literalidad del mismo ofrece ciertas dudas interpretativas, puesto que el precepto gira sobre la imposibilidad de ejecución del contrato. Y es que, según lo establecido en el [artículo 34.4](#) del citado [Real Decreto-ley 8/2020](#), será necesario:

- i) Que la solicitud sea a instancia del contratista, sin perjuicio de la suspensión de oficio.
- ii) Que el órgano de contratación aprecie la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatirlo.

Cuando esto ocurre estamos ante un supuesto de suspensión que deberá ser acordado por el órgano de contratación. Así, los concesionarios podrán solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, según proceda en cada caso, mediante:

- La ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100.
- La modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

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

2 - Aplicación del régimen general previsto en la normativa básica en materia de contratación pública

Teoría de la equivalencia económica de los contratos

Tal y como se ha analizado anteriormente, el [artículo 34](#) del [Real Decreto-ley 8/2020](#) dispone un régimen especial de aplicación a los contratos públicos en vigor que hayan sido perturbados en su ejecución como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para su contención.

No obstante, el régimen contemplado presenta dudas interpretativas y determinadas carencias, quizás realizadas de manera voluntaria por el legislador para evitar supuestos en los que los perjuicios y daños de los contratistas deberían ser resarcidos. Por ejemplo, ¿qué sucede en aquellos casos en los que no se aprecia la imposibilidad de ejecutar el contrato pero sí una perturbación grave que condiciona la ejecución del mismo, sin embargo, el órgano de contratación no acuerda ni la suspensión o prórroga del mismo?

En este sentido, ante las eventuales circunstancias generadas por el COVID-19, y la ausencia de la concurrencia de los requisitos establecidos en el [Real Decreto-ley 8/2020](#), norma de carácter excepcional, pueden adoptarse aquellas medidas reguladas con carácter general en la normativa contractual pública. Como hemos avanzado anteriormente, los instrumentos jurídicos tradicionales previstos en la [Ley 9/2017](#), sigue siendo plenamente vigentes en nuestro Ordenamiento Jurídico, sin que el [Real Decreto-ley 8/2020](#) haya suspendido o desplazado su efectividad.

2. 1 - Suspensión de los contratos conforme al artículo 208 de la Ley 9/2017

En aquellos contratos excluidos del ámbito de aplicación del [Real Decreto-ley 8/2020](#) o en los que estando dentro su alcance no se cumplen los requisitos y circunstancias que se han detallado, será de aplicación en cuanto a la prerrogativa de suspensión el régimen general establecido en el [artículo 208](#) de la [Ley 9/2017](#).

Así, cuando las medidas o hechos sobrevenidos afecten a la ejecución del contrato haciendo innecesario el mismo de forma parcial o total, el órgano de contratación podrá acordar la suspensión de los contratos en los términos previsto en dicho precepto normativo.

La suspensión podrá ser acordada de oficio o por el órgano de contratación a instancia del contratista, debiendo precisarse los motivos exactos que justifican y el alcance de las mismas con indicación de las prestaciones concretas a las que afectan.

Seguidamente, conforme al [artículo 191](#) de la [Ley 9/2017](#), se deberá dar audiencia al contratista para que formule cuantas reservas o alegaciones estime convenientes.

Finalmente, se levantará el acta definitiva en la que se recogerán las circunstancias que motivan la suspensión y la situación de hecho de la ejecución del contrato. El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud. El acta se convierte así en un instrumento fundamental pues, sólo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta.

Por su parte, y conforme a lo establecido en el apartado 2º del citado artículo 208, acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este con sujeción a las siguientes reglas:

a) Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá, siempre que en los puntos 1.º a 4.º se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los siguientes conceptos:

1º. Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.

2º. Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión.

- 3º. Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.
- 4º. 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.
- 5º. Un 3 por 100 del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato.
- 6º. Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato.

b) El derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato.

2. 2 - Modificación de la prestación contractual

Igualmente, ante la situación generada, podría plantearse la modificación de la prestación contractual como consecuencia de la alteración de las condiciones de la misma, sin perjuicio de que esta medida no se ha establecido de manera concreta en el [Real Decreto-ley 8/2020](#).

En este sentido, y conforme a lo previsto en los [artículos 203](#) y siguientes de la [Ley 9/2017](#), la modificación de los contratos es una potestad que debe ser ejercida por parte del órgano de contratación cuando derivado de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, como es el caso, sea necesario introducir las variaciones que deberán ser las estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

2. 3 - Ajustes ante la alteración indirecta de la prestación contratada

Como es bien sabido, en la contratación pública rigen los principios de la autonomía de la voluntad y de "*pacta sunt servanda*", en virtud de los cuales, las partes pueden producir libremente, los pactos, cláusulas y condiciones que tienen por conveniente, y en consecuencia, tienen la obligación de ejecutar el contrato conforme a lo pactado, sin que puedan disponer libre y unilateralmente del mismo ([artículo 1091 CC](#)). Asimismo, con carácter general, en la contratación administrativa resulta de aplicación el principio de riesgo y ventura del contratista, es decir, es el contratista el que debe asumir la aleatoriedad de los resultados económicos del contrato durante su ejecución.

No obstante lo anterior, existe una excepción al "*principio de riesgo y ventura*" del contratista, que es la garantía del equilibrio económico financiero del contrato. Tanto en el momento de celebrar el contrato como durante su ejecución debe mantenerse el equilibrio o equivalencia de prestación en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales "*rebus sic stantibus intellegitur*". Es por ello que, cabría un "*ajuste de la prestación*", tanto en su contenido material como en la retribución, de no adoptarse ninguna de las anteriores medidas desarrolladas en el presente documento parte del órgano de contratación.

En concreto, los mecanismos de ajuste de la prestación derivado de la alteración indirecta de la misma, son el conocido "*factum principis*" y la doctrina del riesgo imprevisible.

El primero de ellos implica una modificación del objeto del contrato, como consecuencia de aquellas medidas administrativas generales que, aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan, incidan directamente sobre él haciéndolo más oneroso.

Para ello, es necesario que:

- a) El desequilibrio en la relación contractual procede de la voluntad de los entes públicos, y no como consecuencia de la gestión del contratista.
- b) La modificación ha sido imprevisible, requisito que ha de valorarse en cada supuesto, teniendo siempre presentes las exigencias de la buena fe contractual.
- c) Se incremente la onerosidad del contrato en perjuicio del contratista.

Por su parte, la teoría del riesgo imprevisible es independiente de las alteraciones directas ("*ius variandi*") o indirectas ("*factum principis*") de las prestaciones pactadas. En este supuesto, la alteración del equilibrio contractual deviene de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que han puesto en peligro la economía del contrato y en consecuencia, suponen la ruptura del equilibrio económico del mismo.

Así pues, la mayor onerosidad en el contrato, coloca al contratista en una situación insostenible, con independencia de la buena gestión de éste. Esa excesiva onerosidad puede provenir de: (i) un incremento del coste de ejecución o (ii) una disminución del valor de la contraprestación. En relación con la excesiva onerosidad, el Tribunal Supremo ha establecido, entre otras, en su Sentencia de 30 de junio de 2014 que "*su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado, y considerando que se produce tal hecho cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando represente una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato)*".

En este caso, los requisitos exigidos son:

- a) Debe darse una circunstancia imprevista y razonablemente imprevisible en el momento de celebrar el contrato.
- b) Las circunstancias sobrevenidas deben generar la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas, de modo que la prestación pactada resulte mucho

más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse.

c) La alteración del equilibrio contractual debe producirse con ausencia de culpa de las partes contratantes.

d) Debe darse una insuficiencia de los mecanismos previstos en el contrato para la recuperación de la prestación contractual.

3 - Plazo para hacer efectiva la reclamación de los daños y perjuicios

Por último, cabe señalar que el [artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020](#) no se establece expresamente un plazo concreto para formular la correspondiente reclamación. Pues bien, para los contratos administrativos y que les resulte aplicable la [Ley 9/2017](#), el derecho a reclamar prescribirá en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato, tal y como establece su artículo 208.2.c).

Para el resto de contratos a los que se les apliquen normas anteriores por "*ratio tempore*", habría que atender al plazo de 4 años según lo dispuesto en la [Ley General Presupuestaria](#).

[1] En el Informe de la Abogacía General del Estado de 2 de abril de 2020 se señala al respecto que "*En consecuencia, los derechos reconocidos en las leyes a las empresas contratistas por el Covid-19 son los previstos en el artículo 34 del RDL 8/2020, que es norma especial y se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos. Por tanto, la legislación ordinaria de contratos públicos solo será aplicable para resolver una incidencia contractual relacionada con el Covid-19 cuando no se oponga al RDL 8/2020 y a los principios que lo inspiran.*"

[2] Informe de la AGE de 2 de abril de 2020: "*A estos efectos, en los contratos de obras, puede tomarse como referencia el programa de trabajo del proyecto, conforme al artículo 132 del RCAP (Real Decreto 1098/2001): Artículo 132. Contenido del programa de trabajo de los proyectos. El programa de trabajo [...] contendrá, debidamente justificados, [...] los plazos en los que deberán ser ejecutadas las distintas partes fundamentales en que pueda descomponerse la obra, determinándose los importes que corresponderá abonar durante cada uno de ellos. En consecuencia, si una de esas partes fundamentales en que pueda descomponerse la obra es imposible de ejecutar, pero pueden ejecutarse las demás; esa imposibilidad parcial permitiría acordar una suspensión parcial del contrato, que daría lugar a indemnización solo en lo que corresponda a la parte suspendida*".

[3] Sentencia de 18 de diciembre de 2006 del Tribunal Supremo: "*la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido a posteriori de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente debiendo concurrir en dicho acontecimiento -hecho determinante- la cualidad de ajeneidad, en el sentido de que ha de ser del todo independiente de quién lo alega sin que pueda confundirse la ajeneidad con aquellas circunstancias que tienen que ser asumidas y previstas por la parte contratante de quien depende el cumplimiento*".