

Nota Informativa
Especial COVID-19 (Nº7):
Principales interrogantes en la aplicación práctica de las medidas
en materia de contratación pública acordadas como consecuencia del
COVID-19 en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo

Índice

I. INTRODUCCIÓN

II. PRINCIPALES INTERROGANTES

1. **Ámbito de aplicación**

¿Afecta esta regulación a los contratos privados regulados en la normativa de contratación pública?

¿Existen excepciones al ámbito de aplicación anterior?

¿La exclusión a la que se refiere el artículo 34.6 RD-L significa que los contratistas cuyos contratos no puedan ser suspendidos o prorrogados carecen de derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la situación provocada por el COVID-19?

¿Afecta esta regulación a los convenios de colaboración suscritos con entes del sector público?

2. **¿El COVID-19 supone un supuesto de fuerza mayor?**

3. **Contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva**

¿Cuándo se entiende que la ejecución de un contrato ha devenido imposible?

¿Es automática la suspensión del contrato en este supuesto? ¿Debo solicitarla?

¿Cuándo debo presentar la solicitud de suspensión?

¿Qué cuestiones debo reflejar en la solicitud de suspensión?

¿Qué puedo hacer si la Administración no responde en el plazo de 5 días naturales o se desestima la solicitud?

¿Qué daños son indemnizables?

¿Qué periodo es indemnizable?

¿De qué plazo dispongo para reclamar?

¿Puede el órgano de contratación prorrogar un contrato de servicios o suministros de tracto sucesivo si al vencimiento de algunos de los contratos vigentes no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato?

4. Contratos de servicios y de suministro de prestación no sucesiva

¿Puedo solicitar la suspensión del contrato?

En este caso, ¿es obligatoria la concesión de la prórroga para la Administración?

¿Pueden imponerse penalidades al contratista como consecuencia de esta demora? ¿Cabría resolver el contrato?

¿Cuál será la duración de la prórroga?

¿Qué daños y perjuicios serán resarcibles?

5. Contratos de obra

¿Qué se entiende por “imposibilidad de continuar la ejecución del contrato”?

¿Es automática la suspensión del contrato en este supuesto? ¿Debo solicitarla?

¿Puedo solicitar la suspensión del contrato si la fecha prevista de finalización de la obra, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra», no se sitúa entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el periodo que dure el mismo, o si la situación de hecho creada por el COVID-19 no impide la entrega de la obra durante dicho periodo?

¿Cuándo debo presentar la solicitud de suspensión?

¿Qué cuestiones debo reflejar en la solicitud de suspensión?

¿Qué puedo hacer si la Administración no responde en el plazo de 5 días naturales o se desestima la solicitud?

¿Qué daños son indemnizables?

¿Qué periodo es indemnizable?

¿Se exigen requisitos adicionales para poder ser indemnizado por los daños y perjuicios causados?

¿De qué plazo dispongo para reclamar?

¿Puedo solicitar la suspensión del contrato si puede entenderse que debido a la situación provocada por el COVID-19 ha perdido su finalidad?

Si la obra no se encuentra en un supuesto de suspensión, pero debido a la situación provocada por el COVID-19, se va a producir una demora en los plazos, ¿qué puedo hacer? ¿Tengo derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se ocasionen?

6. Contratos de concesión de obras o servicios

¿Qué puede hacer una empresa concesionaria para resarcirse de los daños y perjuicios que se le están irrogando por la crisis del COVID-19?

¿Qué debe justificarse en la solicitud de reequilibrio económico del contrato?

¿Qué puede entenderse por “imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia” de la crisis del COVID-19?

¿En qué momento se solicita el reequilibrio económico del contrato?

¿Puede solicitarse la suspensión del contrato junto con el reequilibrio en el momento en el que concurra la “imposibilidad de ejecución”?

¿Qué medidas concretas pueden solicitarse para articular el reequilibrio económico del contrato?

¿Puedo solicitar específicamente el aplazamiento del pago del canon o su modificación a través de la solicitud de reequilibrio?

¿Puedo acogerme a los mecanismos de la normativa de contratación pública en caso de que en la concesión no concurra un supuesto de “imposibilidad de ejecución del contrato”?

¿Puedo plantear una solicitud de reequilibrio económico del contrato en aplicación del RD-L y otra, subsidiaria, en aplicación de la normativa de contratación pública?

7. Tramitación de emergencia

Madrid, 21 de marzo de 2020

I. INTRODUCCIÓN

El 30 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (“OMS”), siguiendo el asesoramiento del Comité de Emergencia constituido en virtud del Reglamento Sanitario Internacional (2005), declaró que el actual brote de COVID-19 constituía una emergencia de salud pública de importancia internacional. Asimismo, el 11 de marzo de 2019¹, la OMS, declaró que “*la COVID-19 puede considerarse una pandemia*”².

Ante esta situación de emergencia provocada por el COVID-19, el Consejo de Ministros ha aprobado una serie de medidas destinadas a limitar los impactos económicos, sociales, laborales y de salud pública derivados de la propagación de esta enfermedad. Por su parte, los Agentes Sociales han propuesto, de manera particular, al Gobierno una batería de medidas que permitan a las empresas adoptar soluciones de flexibilidad laboral.

En este contexto, el 12 de marzo de 2020, el Consejo de Ministros aprobó, en una sesión extraordinaria, el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. Las medidas acordadas pueden dividirse en cuatro bloques:

- (i) Apoyo al sector empresarial.
- (ii) Refuerzo del sistema sanitario.
- (iii) Gestión eficiente de las Administraciones pública.
- (iv) Medidas de apoyo a las familias.

Asimismo, el 14 de marzo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado, la declaración del estado de alarma, acordada mediante 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 (el “RDEA”). Esta norma recoge las siguientes medidas³:

- (i) Declaración del estado de alarma que afecta a todo el territorio nacional y cuya duración es de 15 días naturales.
- (ii) Limitación de la libertad de circulación de las personas.
- (iii) Posibilidad de realizar requisas temporales y prestaciones personales obligatorias.

¹ https://www.who.int/ith/2019-nCoV_advice_for_international_traffic-rev/es/

² <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>

³ Más información en <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/14/pdfs/BOE-A-2020-3692.pdf>.

- (iv) Medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación.
- (v) Medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales.
- (vi) Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas.
- (vii) Medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional.
- (viii) Medidas para el aseguramiento del suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud pública.
- (ix) Medidas en materia de transportes.
- (x) Medidas para garantizar el abastecimiento alimentario.
- (xi) Tránsito aduanero.
- (xii) Garantía de suministro de energía eléctrica, productos derivados del petróleo y gas natural.
- (xiii) Medios de comunicación de titularidad pública y privada.
- (xiv) Suspensión de plazos procesales, administrativos y de prescripción y caducidad.

El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma podrá ser sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Pues bien, tanto el impacto que está teniendo el COVID-19 en la población, como las medidas adoptadas por la Administración que se han citado, sin duda están afectando a muchos sectores de la economía de nuestro país. Por ello, con fecha 17 de marzo se ha aprobado el Real Decreto-ley 8/2020 de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (“RD-L”) que incluye, principalmente, las siguientes medidas⁴:

- (i) Medidas de apoyo a los trabajadores, familias y colectivos vulnerables.
- (ii) Medidas de flexibilización de los mecanismos de ajuste temporal de actividad para evitar despidos.
- (iii) Garantía de liquidez para sostener la actividad económica ante las dificultades transitorias consecuencia de la situación.

⁴ Más información en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-3824.

- (iv) Medidas de apoyo a la investigación del COVID-19.

Entre las medidas de garantía de liquidez para sostener la actividad económica ante las dificultades transitorias consecuencia de la situación, se incluyen, en el artículo 34, ciertas medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19.

II. PRINCIPALES INTERROGANTES

El Capítulo III del RD-L incluye una sección VI con un único artículo (34) que regula las medidas aprobadas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19. Así, tal y como se anuncia en la Exposición de Motivos de la norma, este precepto tiene como finalidad establecer medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos. En este sentido, para evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas puedan dar lugar a la resolución de contratos por parte de las entidades que integran el sector público, se prevé un régimen específico de suspensión y prórrogas de los mismos.

En la medida en que entendemos que existe una amplia casuística en esta materia, debe advertirse que las respuestas que a continuación se sugieren, para los interrogantes que presenta el citado precepto, son de carácter general. Por ello, las respuestas planteadas en esta nota no pueden sustituir, en modo alguno, el análisis individual que debe realizarse en cada caso. Además, rigiendo en el Derecho público español el principio de autotutela declarativa, las resoluciones que dicte la Administración y la jurisprudencia que promulguen los Tribunales en la revisión de las decisiones administrativas, serán las que definan la interpretación final más adecuada a Derecho.

Como se verá a continuación, las respuestas que se ofrecen a los interrogantes que plantean los contratos públicos vigentes en tiempos del COVID-19, se ajustan a los principios básicos que rigen las relaciones contractuales. Así, respetando siempre las normas específicamente dictadas, las respuestas que se proporcionan se ajustan a los principios generales de buena fe objetiva, equilibrio de prestaciones o de prohibición del enriquecimiento injusto, cuando una situación excepcional ajena a la voluntad de las partes intercepta el devenir ordinario del contrato.

Aclarado lo anterior, exponemos a continuación un marco general que permite ofrecer respuestas a los principales interrogantes que se plantean en la aplicación de esta nueva regulación.

1. **Ámbito de aplicación**

¿Afecta esta regulación a los contratos privados regulados en la normativa de contratación pública?

Sí. Esta regulación afecta a (i) contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva y no sucesiva, (ii) contratos de obra, y (iii) contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, celebrados por cualquiera de las entidades pertenecientes al Sector Público, en el

sentido definido en el artículo 3⁵ de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (“LCSP”), con las excepciones previstas expresamente en el último apartado del artículo 34 RD-L⁶.

Lo anterior implica que esta regulación alcanza tanto a los contratos de naturaleza administrativa, como a aquellos contratos privados celebrados por (i) entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones públicas, y (ii) entidades del sector público que no reúnan la condición ni de Administración, ni de poder adjudicador.

-
- ⁵ “1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades:
- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.
 - b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.
 - c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.
 - d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.
 - e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:
 - 1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.
 - 2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.
 - 3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.
 - f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
 - g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.
 - h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.
 - i) Los fondos sin personalidad jurídica.
 - j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
 - k) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.
 - l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.”
- ⁶ Se exceptúa la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 34 RD-L a los siguientes contratos:
- a) Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.
 - b) Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.
 - c) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.
 - d) Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

Asimismo, el apartado 5 del artículo 34 establece que lo dispuesto en el mismo también será de aplicación a los contratos celebrados por las entidades del sector público con sujeción a (i) 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 (ii) 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.

¿Existen excepciones al ámbito de aplicación anterior?

Sí. El apartado 6 del artículo 34 establece que los apartados 1 (suspensión de los contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva) y 2 (prórroga de los contratos de servicios y de suministros de prestación no sucesiva) del artículo 34 RD-L, no son de aplicación a:

- (i) Los contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19. Deben entenderse, por tanto, solo aquellos vinculados con la situación provocada por el COVID-19.
- (ii) Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.
- (iii) Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte. A este respecto, deben tenerse en cuenta las medidas adoptadas por el RDEA respecto de la prestación de determinados servicios de transporte.
- (iv) Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado. Este apartado únicamente aplica a los contratos adjudicados por Aena SME, S.A., ya que es la única entidad pública que cotiza en bolsa y no obtiene ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

¿La exclusión a la que se refiere el artículo 34.6 RD-L significa que los contratistas cuyos contratos no puedan ser suspendidos o prorrogados carecen de derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la situación provocada por el COVID-19?

No. Como hemos visto, el artículo 34.6 RD-L excluye la aplicación de los apartados 1 y 2 del RD-L a determinados contratos. Sin embargo, ello no implica que, en aquellos supuestos en que los contratistas que deban mantener la ejecución de los contratos vean incrementados sus costes como consecuencia de la situación provocada por el COVID-19, no puedan reclamar este aumento de costes por la vía de la reclamación contractual de daños y perjuicios ante el órgano de contratación.

En este sentido, se deduce que el espíritu del apartado 6 es el evitar la suspensión de los contratos considerados esenciales en el marco de la crisis del COVID-19, y no cercenar la

posibilidad de que, con posterioridad, los contratistas puedan resarcirse por el aumento de costes causado por esta situación excepcional ajena a todas las partes.

Parece difícil sostener que, por un lado, determinados contratos pueden suspenderse resarciendo a los contratistas por los daños y perjuicios causados y, por otro, que no se reconociera ese mismo derecho de resarcimiento a aquellos contratistas a los que se les obligó a continuar ejecutando el contrato con todas las consecuencias, por ser titulares de contratos considerados esenciales o estratégicos.

¿Afecta esta regulación a los convenios de colaboración suscritos con entes del sector público?

No. Como se ha expuesto, el RD-L afecta específicamente a contratos que se hayan celebrado por cualquiera de las entidades pertenecientes al Sector Público, pero no se aplica a convenios de colaboración, que tienen una naturaleza jurídica distinta.

Otra cuestión es que, como ha ocurrido históricamente, existan verdaderos contratos en el marco de negocios jurídicos que han sido denominados o calificados como convenios de colaboración. En este caso el RD-L sí que sería de aplicación a dichos convenios de colaboración, ya que, como ha afirmado en reiteradas ocasiones nuestro Tribunal Supremo *“no ha de ser la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio objeto de controversia la que determine el régimen jurídico que ha de regularlo, sino la real naturaleza del mismo”*⁷.

2. ¿El COVID-19 supone un supuesto de fuerza mayor?

El RD-L, en la regulación de medidas de carácter laboral, establece que las suspensiones de contrato y reducciones de jornada que tengan su causa directa en 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, se considerarán provenientes de una situación de fuerza mayor⁸ (con las consecuencias que se derivan del artículo 47 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

No obstante, es cierto que también se establece que la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de suspensión de los contratos o de la reducción de jornada prevista, deberá ser

⁷ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012 [ECLI: ES:TS:2012:4313].

⁸ Apartado 1 del artículo 22 (Medidas excepcionales en relación con los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada por causa de fuerza mayor.) También se hace referencia a ello en el artículo 24.

constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de personas trabajadoras afectadas⁹.

Los supuestos de fuerza mayor establecidos en la normativa de contratación pública (que son prácticamente coincidentes en todas las normas de contratación pública anteriores¹⁰) no incluyen expresamente las epidemias o crisis sanitarias, sino las siguientes situaciones:

- (i) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- (ii) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- (iii) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

En este contexto, podría surgir la duda de si la crisis del COVID-19 supone un caso de fuerza mayor a los efectos de la normativa de contratación pública.

A los efectos de valorar incluir la situación que genera el COVID-19 como fuerza mayor se pueden tomar en consideración las siguientes circunstancias:

- (i) El RD-L declara que las consecuencias del COVID-19 se pueden incardinar en un supuesto de fuerza mayor. Además, el artículo 34, apartado 3 RD-L excluye expresamente la aplicación del artículo 239 LCSP (*fuerza mayor*), de manera que puede entenderse que la situación provocada por el COVID-19 es una situación de fuerza mayor, pero se han querido excluir expresamente los efectos previstos en la LCSP.
- (ii) En la normativa de contratación pública no se recogen las epidemias o crisis sanitarias como supuestos de fuerza mayor, como sí ocurre en otras regulaciones¹¹.
- (iii) No constan hasta el momento precedentes jurisprudenciales de supuestos de epidemias o crisis sanitarias que hayan sido consideradas como supuestos de fuerza mayor en el ámbito de la contratación pública.
- (iv) Sin embargo, hay algunos precedentes jurisprudenciales que apuntan a que, si bien los supuestos de fuerza mayor recogidos en la norma son *numerus clausus*, pueden existir fenómenos naturales de efectos catastróficos que no estén expresamente recogidos en la

⁹ Letra b) del apartado 2 del artículo 22 del RD-L.

¹⁰ Artículo 144 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, artículo 214 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, artículo 231 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y artículo 239 LCSP.

¹¹ Artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

norma pero que también se consideren situaciones de fuerza mayor.¹². Ello al amparo de lo previsto en el artículo 239.2.b) LCSP¹³.

Conforme a lo anterior, si bien la calificación de fuerza mayor dependerá de la evolución de las circunstancias y sus efectos reflejos en cada contrato, en principio podría razonarse que en el presente caso estamos ante un supuesto de fuerza mayor porque los efectos y consecuencias de esta crisis sanitaria son incluso más graves a los que se producen como consecuencia de otros fenómenos que sí están enumerados como causas de fuerza mayor en las diferentes normas de contratación pública. Ello se evidencia principalmente por tres hechos:

- (i) El elevado número de contagiados y fallecidos.
- (ii) La declaración de pandemia mundial efectuada por la OMS.
- (iii) La declaración del estado de alarma y las fuertes medidas restrictivas acordadas por la Administración.

3. Contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva

¿Cuándo se entiende que la ejecución de un contrato ha devenido imposible?

El apartado primero del artículo 34 establece que los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas por las Administraciones públicas para combatirlo, quedarán automáticamente suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse (el órgano de contratación notificará al contratista el fin de la suspensión).

El RD-L no ofrece ninguna concreción sobre lo que debe entenderse como “*imposibilidad de ejecución del contrato*”. Como criterio interpretativo parece lógico acudir a la regulación de la normativa de contratación pública. Así, cabe destacar dos artículos 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 (“**TRLCSP**”) (que también se incluían en las normativas de contratación pública previas y en la LCSP) que hacen referencia a la imposibilidad de ejecución del contrato:

- (i) Artículo 211.1 g) TRLCSP: “*La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato.*” Este artículo es aplicable a todos los contratos sujetos al TRLCSP.

¹² Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:956].

¹³ “2. 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.”*

- (ii) Artículo 279, apartado e) TRLSCP: “*La imposibilidad de la explotación de las obras como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.*” Este artículo es aplicable a los contratos de concesión.

Analizando cómo ha interpretado la jurisprudencia estos preceptos, podremos alcanzar un entendimiento superior de qué se entiende por “*imposibilidad de ejecución*” de un contrato y, así, saber, en aplicación del RD-L, en qué casos podría invocarse este supuesto. En este sentido, de un análisis de los precedentes jurisprudenciales, pueden realizarse las consideraciones que se indican a continuación.

En primer lugar, en aplicación de estos preceptos se recogen principalmente dos clases de imposibilidad:

- (i) Imposibilidad material o técnica: Consistente en una situación de hecho (normalmente imputable a la Administración) que impide técnica¹⁴ o materialmente¹⁵ la ejecución del contrato.
- (ii) Imposibilidad legal o jurídica: Se trata de una actuación de la Administración, un acto administrativo o la existencia de una disposición de carácter general, que impiden la ejecución del contrato¹⁶.

Asimismo, para que la situación de hecho o de derecho tenga la consideración de “imposibilidad”, la jurisprudencia exige:

- (i) En términos jurídicos objetivos y unívocos, la privación de la prestación del servicio, y que se imposibilite en un sentido contractual amplio (y no solo en el ámbito de la percepción económica y material que el contratista tenga sobre su capacidad de prestar el servicio en las condiciones en que se le retribuye)¹⁷.
- (ii) Dicha imposibilidad de ejecución del contrato ha de relacionarse con la causa y objeto del contrato¹⁸.

Asimismo, del análisis de los precedentes jurisprudenciales puede interpretarse que cuando se aprecia la imposibilidad de ejecución de un contrato, no es una imposibilidad total, insalvable y *sine die*, sino más bien una imposibilidad (como establece expresamente el artículo 211.1 g) TRLSCP) de explotar el contrato en los términos “*inicialmente pactados*”. Éste es el supuesto en el

¹⁴ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2019 [ECLI: ES:AN:2019:3366].

¹⁵ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de junio de 2018 [ECLI: ES:TSJGAL:2018:3893].

¹⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 23 de abril de 2018 [ECLI: ES:TSJCLM:2018:1149].

¹⁷ Sentencia de 27 de enero de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco [ECLI: ES:TSJPV:2014:353].

¹⁸ Sentencia de 11 de noviembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León [ECLI: ES:TSJCL:2016:4083].

que entendemos que puede solicitarse la suspensión del contrato en aplicación del artículo 34.1 RD-L. Algunos ejemplos de este supuesto son los siguientes:

- (i) Imposibilidad de ejecutar un contrato de servicios de cafetería de una universidad pública si la Administración ha ordenado el cierre del establecimiento.
- (ii) Imposibilidad de ejecutar un contrato de servicios de promoción turística a través de medios de transporte, si la Administración suspende o restringe dicha actividad de transporte por el cierre de las comunicaciones terrestres y/o aéreas.
- (iii) Imposibilidad de suministrar material de oficina a un Ministerio si las instalaciones del mismo se han clausurado en cumplimiento de una disposición de carácter general.

¿Es automática la suspensión del contrato en este supuesto? ¿Debo solicitarla?

Como hemos visto, el apartado primero del artículo 34 establece que los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva cuya ejecución devenga imposible “*quedarán automáticamente suspendidos*”. No obstante lo anterior, el párrafo tercero de este apartado señala que la suspensión solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista y en el plazo de cinco días naturales, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo.

No puede obviarse que la previsión de que los contratos queden “*automáticamente suspendidos*” se incluye expresamente para estos contratos de servicios y suministros de tracto sucesivo y no se incluye, sin embargo, en la regulación contenida en los contratos públicos de obras, en los que, únicamente, se establece que el contratista podrá solicitar la suspensión, y que el órgano de contratación decidirá si concurre o no el supuesto de “*imposibilidad de ejecución*” del contrato.

En este sentido, se aprecia que el reconocimiento de la situación de suspensión es automática *ex lege* y sin necesidad de reconocimiento por la Administración para aquellos supuestos de imposibilidad legal o material.

Teniendo en cuenta lo anterior, procedimentalmente recomendamos solicitar la suspensión siempre que existan motivos suficientes para entender justificada dicha suspensión del contrato. Así, de conformidad con las consideraciones realizadas anteriormente respecto de la imposibilidad de ejecución del contrato, entendemos que puede solicitarse la suspensión del contrato en dos supuestos:

- (i) Supuestos de imposibilidad material o legal, en los que entendemos que se produce una suspensión *ex lege* o por ministerio de la ley. Por ejemplo, que la Administración haya decretado el cierre del establecimiento en el que se prestaba el servicio concreto, o que directamente haya decretado la suspensión de la prestación objeto del contrato.
- (ii) Supuestos de imposibilidad que puedan ser objeto de valoración por la Administración. Esto sucedería, por ejemplo, si, a criterio del Director de Seguridad y Salud interno de la empresa, no se pudiera prestar el objeto del contrato porque no se pueda garantizar la

seguridad y salud de los trabajadores.

¿Cuándo debo presentar la solicitud de suspensión?

El precepto no señala un plazo concreto para que el contratista presente la solicitud de suspensión. Recomendamos solicitarla en el momento en que se disponga de la explicación detallada y de la justificación documental que, en la medida de lo posible, permitan presentar una solicitud de suspensión consistente de acuerdo con lo expuesto anteriormente.

¿Qué cuestiones debo reflejar en la solicitud de suspensión?

Cuando concurren los requisitos para solicitar la suspensión del contrato, el contratista deberá formular la solicitud de suspensión ante el órgano de contratación en la que se reflejen (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. La Administración se reserva el derecho a una comprobación posterior de la veracidad de estos extremos.

El precepto no exige la acreditación de las cuestiones anteriores. No obstante, para facilitar la labor de la Administración, es posible elaborar una solicitud en la que se expliquen detalladamente y se justifiquen documentalmente, en la medida de lo posible, todas las exigencias anteriores:

- (i) las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible (*e.g.* porque están directamente afectadas por el RDEA, porque no puede prestarse el servicio o suministro con garantías de cumplimiento de las recomendaciones de seguridad y salud de los trabajadores, porque los trabajadores se encuentren en cuarentena, etc.);
- (ii) el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento, documentando, si es posible, este extremo; y
- (iii) los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato, explicando, si es posible, el resto de contratos de servicios y suministros que la sociedad tiene adjudicados y la situación en que se encuentra cada uno.

¿Qué puedo hacer si la Administración no responde en el plazo de 5 días naturales o se desestima la solicitud?

Una vez presentada la solicitud de suspensión, debe entenderse desestimada (i) si se notifica resolución desestimatoria expresa al contratista, o (ii) si transcurrido el plazo de 5 días naturales no se ha notificado la resolución expresa al contratista.

En ambos casos, en principio el contratista debería continuar con la prestación de los servicios o suministros. Sin embargo, siempre y cuando esté suficientemente justificada la necesidad

inminente de que se suspenda el contrato por la imposibilidad de continuar su ejecución, el contratista puede recurrir en vía judicial la decisión de la Administración (expresa o por silencio administrativo), junto con la solicitud de una medida cautelar *inaudita parte* de suspensión del contrato, pidiendo, asimismo, con carácter subsidiario, la tramitación ordinaria de la medida cautelar¹⁹.

¿Qué daños son indemnizables?

Cuando se estimase expresamente la solicitud de suspensión, 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. Estos daños y perjuicios reclamables serán únicamente los siguientes:

- (i) Los gastos salariales²⁰ 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.

Para ello, será necesario aportar las nóminas de los trabajadores en las que figure la adscripción de estos trabajadores al contrato en cuestión antes del 14 de marzo y que continúa adscrito cuando se reanude. Si en las nóminas no figura la adscripción de los trabajadores al servicio, se deberán aportar partes de trabajo firmados por el órgano de contratación o, en última instancia, declaraciones responsables de los trabajadores y de los correspondientes departamentos de recursos humanos que justifiquen esta adscripción.

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

Para ello, será necesario acreditar los costes financieros soportados como consecuencia del manteniendo de la garantía definitiva. Si es necesario, puede solicitarse un justificante de pago al banco o compañía de seguros correspondiente.

- (iii) 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.

Para ello, será necesario (a) aportar, cuando sea posible, los contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos; y (b) explicar, si es posible, el resto de contratos de obras que la sociedad tiene adjudicados y la situación en que se encuentra cada una para descartar que pudieron ser empleados para otros fines distintos.

¹⁹ La tramitación de medidas cautelares *inaudita parte* es uno de los procedimientos judiciales que no se han suspendido por aplicación del RDEA.

²⁰ Los efectivamente abonados al trabajador. Se excluyen los gastos asociados a las contribuciones a la Seguridad Social.

- (iv) 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.

Para ello, será necesario aportar el contrato de póliza de seguro y el justificante de pago de la misma durante el tiempo que dure la suspensión.

Esta enumeración de los gastos resarcibles es *numerus clausus*, de manera que no cabrá reclamar ningún otro coste distinto de los anteriores.

¿Qué periodo es indemnizable?

El periodo efectivo de suspensión, esto es, desde el momento en que devino imposible la ejecución del contrato hasta que se reanude el mismo por orden del órgano de contratación.

¿De qué plazo dispongo para reclamar?

El artículo 34.3 RD-L no señala un plazo concreto para que los contratistas que tengan derecho a ser indemnizados por la suspensión contemplada en este artículo soliciten la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. No obstante, para aquellos contratos a los que les aplique la LCSP, dado que el RD-L no excluye la aplicación del artículo 208.2.c) LCSP, el derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato. Se entiende que esta orden de reanudación de la ejecución se producirá una vez cese el estado de alarma, y ese será el momento más procedente para formular la reclamación. En todo caso, si se quisiese formular una reclamación de carácter parcial durante el estado de alarma, debe recordarse que los plazos de prescripción se encuentran actualmente suspendidos²¹.

Para el resto de contratos a los que, por razones temporales, les apliquen las normas anteriores de contratación pública, se entiende que su derecho a solicitar la indemnización de daños y perjuicios prescribe a los 4 años desde la liquidación del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria²².

Por su parte, para aquellos contratos sujetos a derecho privado en cuanto a sus efectos y extinción, el plazo de prescripción para reclamar los daños y perjuicios ocasionados será de 5 años desde la fecha en que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación²³.

²¹ Disposición adicional cuarta (Suspensión de plazos de prescripción y caducidad) 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.

²² Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 31/01/03 y en la de 09/09/2009

²³ Artículo 1964.2 Código Civil. A efectos del cómputo del plazo de prescripción deberá tenerse en cuenta el régimen transitorio introducido por la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¿Puede el órgano de contratación prorrogar un contrato de servicios o suministros de tracto sucesivo si al vencimiento de alguno de los contratos vigentes no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato?

Sí. El RDEA ha acordado la paralización de todos los procedimientos de contratación, de manera que, si al vencimiento de alguno de los contratos vigentes no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato²⁴, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente.

4. Contratos de servicios y de suministro de prestación no sucesiva

¿Puedo solicitar la suspensión del contrato?

No está expresamente prevista la suspensión de los contratos públicos de servicios y de suministro de prestación no sucesiva en el apartado 2 del artículo 34 RD-L. Por el contrario, este precepto únicamente prevé que, en este tipo de contratos que no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19, cuando el contratista incurra en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo, podrá solicitar una prórroga.

Entendemos que, para este tipo de contratos, cuya prestación no es sucesiva en el tiempo, la figura que mejor encaja en caso de que la situación provocada por el COVID-19 afecte a su prestación, es la de la prórroga del servicio o suministro. De esta manera, salvo que en algún supuesto concreto pueda surgir la necesidad específica de suspender el contrato, lo conveniente es que el contratista solicite una prórroga del mismo.

En el caso de que surgiera la necesidad de suspender el contrato, deberíamos acudir, en caso de contratos administrativos, a la regulación general de la suspensión incluida en el artículo 208 LCSP (o la regulación de la suspensión de la norma de contratación pública que sea aplicable) o, en el caso de contratos sujetos a derecho privado, a las previsiones sobre la suspensión que se incluyan en la documentación contractual, y en su caso, en la normativa aplicable al contrato²⁵.

En este caso, ¿es obligatoria la concesión de la prórroga para el contratista?

Sí. En el supuesto descrito, el órgano de contratación acordará la prórroga, previo informe del “Director de obra del contrato”, donde se determinará que el retraso no es por causa imputable al contratista sino de alguna de las anteriores circunstancias.

²⁴ Artículo 29.4 LCSP.

²⁵ Para reclamaciones en contratos sujetos a derecho privado, consultar la Nota Informativa Especial COVID-19 (Nº6) (Las consecuencias legales por eventuales incumplimientos contractuales a causa del COVID-19)

Entendemos que la referencia al Director de obra del contrato se trata de un error dado que este apartado regula los contratos de servicios y suministros. Por ello, debería decir “*previo informe del responsable del contrato*”.

¿Pueden imponerse penalidades al contratista como consecuencia de esta demora? ¿Cabría resolver el contrato?

No. El artículo 34.2 RD-L señala expresamente que, en estos casos, no procederá la imposición de penalidades al contratista, ni tampoco la resolución del contrato.

¿Cuál será la duración de la prórroga?

La prórroga será, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro menor.

¿Qué daños y perjuicios serán resarcibles?

Previo solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía, el contratista tendrá derecho únicamente al abono de los gastos salariales²⁶ 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.

5. Contratos de obra

¿Qué se entiende por “imposibilidad de continuar la ejecución del contrato”?

El RD-L no ofrece ninguna concreción sobre lo que debe entenderse como “*imposibilidad de ejecución del contrato*”. Como criterio interpretativo parece lógico acudir a la regulación de la normativa de contratación pública. Así, cabe destacar dos artículos del TRLCSP (que también se incluían en las normativas de contratación pública previas y en la LCSP) que hacen referencia a la imposibilidad de ejecución del contrato:

- (i) Artículo 211.1 g) TRLCSP: “*La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato.*” Este artículo es aplicable a todos los contratos sujetos al TRLCSP.
- (ii) Artículo 279, apartado e) TRLCSP: “*La imposibilidad de la explotación de las obras como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.*” Este artículo es aplicable a los contratos de concesión.

Pues bien, analizando cómo ha interpretado la jurisprudencia estos preceptos, podremos alcanzar un mejor entendimiento de qué se considera por “*imposibilidad de ejecución*” de un

²⁶ Los efectivamente abonados al trabajador. Se excluyen los gastos asociados a las contribuciones a la Seguridad Social.

contrato y, así, saber, en aplicación del RD-L, en qué casos podría invocarse este supuesto. En este sentido, de un análisis de los precedentes jurisprudenciales, pueden realizarse las consideraciones que se indican a continuación.

En primer lugar, en aplicación de estos preceptos se recogen principalmente dos clases de imposibilidad:

- (i) Imposibilidad material o técnica: Consiste en una situación de hecho (normalmente imputable a la Administración) que impide técnica²⁷ o materialmente²⁸ la ejecución del contrato.
- (ii) Imposibilidad legal o jurídica: Se trata de una actuación de la Administración, un acto administrativo o la existencia de una disposición de carácter general, que impiden la ejecución del contrato²⁹.

Asimismo, para que la situación de hecho o de derecho tenga la consideración de “imposibilidad”, la jurisprudencia exige:

- (i) En términos jurídicos objetivos y unívocos, la privación de la prestación del servicio, y que se imposibilite en un sentido contractual amplio (y no solo en el ámbito de la percepción económica y material que el contratista tenga sobre su capacidad de prestar el servicio en las condiciones en que se le retribuye)³⁰.
- (ii) Dicha imposibilidad de ejecución del contrato ha de relacionarse con la causa y objeto del contrato³¹.

Asimismo, del análisis de los precedentes jurisprudenciales puede interpretarse que cuando se aprecia la imposibilidad de ejecución de un contrato, no es una imposibilidad total, insalvable y *sine die*, sino más bien una imposibilidad (como establece expresamente el artículo 211.1 g) TRLCSP) de explotar el contrato en los términos “*inicialmente pactados*”. En este sentido, consideramos que el RD-L ha querido diferenciar dos supuestos:

- (i) Supuesto en los que el contrato de haya “*perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19*”³². Este supuesto se refiere a una imposibilidad total, insalvable y *sine die*, pero sus consecuencias no han sido expresamente reguladas en el RD-L.

²⁷ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2019 [ECLI: ES:AN:2019:3366].

²⁸ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de junio de 2018 [ECLI: ES:TSJGAL:2018:3893].

²⁹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 23 de abril de 2018 [ECLI: ES:TSJCLM:2018:1149].

³⁰ Sentencia de 27 de enero de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco [ECLI: ES:TSJPV:2014:353].

³¹ Sentencia de 11 de noviembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León [ECLI: ES:TSJCL:2016:4083].

³² Apartados 2 y 3 del artículo 34.

Por ejemplo, un contrato que deba resolverse de forma definitiva por acuerdo de la Administración porque no haya fondos presupuestarios para abordar esa inversión tras la crisis del COVID-19. En este caso el contrato es claro que ha perdido su finalidad.

(ii) Supuesto en el que concurra una “*imposibilidad de ejecución del contrato*” en los términos inicialmente pactados. Este es el supuesto en el que entendemos que puede solicitarse la suspensión del contrato en aplicación del RD-L. Algunos ejemplos de este supuesto son los siguientes:

- Imposibilidad de ejecutar un contrato de obras porque la Administración haya ordenado el cierre de todas las infraestructuras en construcción.
- Imposibilidad de ejecutar el contrato porque no pueda garantizarse la seguridad y salud de los trabajadores adscritos a la obra. La amenaza a la seguridad y salud de los mismos debe estar ampliamente justificada.

¿Es automática la suspensión del contrato en este supuesto? ¿Debo solicitarla?

En los contratos de obras en los que se genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato por estas circunstancias, será el contratista el que podrá pedir la suspensión y el órgano de contratación tendrá cierto margen de discreción para decidir si se concede la suspensión o, por el contrario, debe continuar ejecutándose la obra.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible solicitar la suspensión siempre que existan motivos suficientes para entender justificada la suspensión del contrato.

¿Puedo solicitar la suspensión del contrato si la fecha prevista de finalización de la obra, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra», no se sitúa entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el periodo que dure el mismo, o si la situación de hecho creada por el COVID-19 no impide la entrega de la obra durante dicho periodo?

Dada la redacción literal de los párrafos primero y cuarto del apartado 3 del artículo 34 RD-L, parece que la suspensión de los contratos de obras al amparo de este artículo únicamente será posible cuando se cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos:

- (i) cuando no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación descrita;
- (ii) cuando por motivo del COVID-19 se genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato;
- (iii) cuando estuviese prevista la finalización de la obra, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra», entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el periodo que dure el mismo; y

- (iv) cuando no pueda tener lugar la entrega de la obra como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado.

El cumplimiento de los dos últimos requisitos limita en gran medida el número de contratos a los que será aplicable la suspensión del contrato prevista en este artículo, dado que seguramente la gran mayoría de los contratos afectados por la situación del COVID-19 y cuya continuación haya devenido imposible no tengan previsto finalizar en los próximos días o semanas, o bien la situación de hecho ocasionada no impida la entrega de la obra en dicho periodo.

A nuestro juicio, situaciones como las descritas en las que proceda legal o materialmente la suspensión del contrato, no pueden quedar carentes de regulación ni de la debida indemnización de los daños y perjuicios soportados³³.

En este contexto, entendemos que siempre que se justifique que la situación ocasionada por el COVID-19 no permite legal o materialmente continuar con la ejecución de la obra, se podría solicitar la suspensión.

Por ello, en el supuesto en el que el órgano de contratación entendiera que no procede la suspensión del contrato al amparo de este artículo, bien porque no está prevista la fecha de finalización del contrato durante el tiempo que dure la situación de estado de alarma, o bien porque dicha situación no impide la entrega de la obra en el referido periodo, puede solicitarse la suspensión del contrato al amparo de lo previsto en el artículo 208 LCSP, de forma subsidiaria. Es cierto que el artículo 34.3 RD-L excluye expresamente la aplicación de los artículos 208 (suspensión) y 239 (fuerza mayor) LCSP, así como los artículos 220 (suspensión) y 231 (fuerza mayor) TRLCSP. Sin embargo, esta exclusión debe entenderse referida únicamente a aquellas obras que encajen en el supuesto de hecho que regula el artículo 34, no así a aquellos otros casos que el órgano de contratación excluya de la aplicación de dicho precepto por entender que no se cumplen todos los requisitos exigidos. Por ello, a estos últimos, debe continuar aplicándose la normativa ordinaria de contratación pública.

Teniendo en cuenta lo anterior, en caso de que realmente concurra en la obra una imposibilidad legal o material de continuar ejecutando el contrato, aunque no esté prevista la fecha de finalización del contrato durante el tiempo que dure la situación de estado de alarma o la situación no impida la entrega de la obra en dicho periodo, se puede dirigir un escrito al órgano de contratación solicitando la suspensión de las obras con el siguiente contenido:

³³ A este respecto, el artículo 239 LCSP 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*”. Se podría defender que en el presente caso estamos ante un supuesto de fuerza mayor, además de porque se reconoce en el propio RD-L en la regulación de las medidas laborales, porque los efectos y consecuencias de esta crisis sanitaria son incluso más graves a los que se producen como consecuencia de otros fenómenos que sí que están enumerados como causas de fuerza mayor en las diferentes normas de contratación pública. Asimismo, el artículo 208.2 LCSP establece que “*Acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este (...)*”.

- (i) Una pretensión principal consistente en la suspensión de las obras al amparo del artículo 34.3 RD-L.

Debería explicarse, además de las restantes exigencias establecidas en dicho artículo³⁴, que el supuesto concreto de imposibilidad legal o material de ejecutar la obra debe entenderse igualmente comprendido en el artículo 34.3 RD-L, dada la finalidad y el espíritu de la norma. Y ello sin perjuicio de que no esté prevista la fecha de finalización del contrato durante el tiempo que dure la situación de estado de alarma o la situación no impida la entrega de la obra en dicho periodo.

- (ii) Para el supuesto en que el órgano de contratación entendiera que no procede la suspensión del contrato, bien porque no está prevista la fecha de finalización del contrato durante el tiempo que dure la situación de estado de alarma, o bien porque la situación no impide la entrega de la obra en dicho periodo, una pretensión subsidiaria consistente en:

- (a) para aquellos contratos administrativos, la suspensión de las obras al amparo del artículo 208 LCSP³⁵.

- (b) para aquellos contratos privados, la suspensión del contrato al amparo de lo dispuesto en la documentación contractual y en la normativa de derecho privado aplicable a dichos contratos.

En esta pretensión subsidiaria recomendamos reflejar las mismas cuestiones establecidas en el artículo 34.3 RD-L³⁶.

¿Cuándo debo presentar la solicitud de suspensión?

El precepto no señala un plazo concreto para que el contratista presente la solicitud de suspensión. Recomendamos solicitarla en el momento en que se disponga de la explicación detallada y la justificación documental que, en la medida de lo posible, permitan apreciar una solicitud de suspensión consistente.

¿Qué cuestiones debo reflejar en la solicitud de suspensión?

Cuando concurren los requisitos para solicitar la suspensión del contrato, el contratista deberá formular la solicitud de suspensión ante el órgano de contratación en la que se reflejen (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. La Administración se reserva el derecho a una comprobación posterior de la veracidad de estos extremos.

³⁴ Vid. pregunta *¿Qué cuestiones debo reflejar en la solicitud de suspensión?*

³⁵ O el precepto equivalente de la norma de contratación pública aplicable *ratione temporis*.

³⁶ Vid. pregunta *¿Qué cuestiones debo reflejar en la solicitud de suspensión?*

El precepto no exige la acreditación de las cuestiones anteriores. No obstante, se puede elaborar una solicitud en la que se expliquen detalladamente y se justifiquen documentalmente, en la medida de lo posible, todas las exigencias anteriores:

- (i) las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible (*e.g.* porque están directamente afectadas por el RDEA, porque no puede ejecutarse la obra con garantías de cumplimiento de las recomendaciones de seguridad y salud de los trabajadores, porque los trabajadores se encuentren en cuarentena, porque se ha suspendido el suministro de materiales imprescindibles para ejecutar las obras, etc.);
- (ii) el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento, documentando, si es posible, este extremo; y
- (iii) los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato, explicando, si es posible, el resto de contratos de obras que la sociedad tiene adjudicados y la situación en que se encuentra cada una.

A los efectos de aumentar las probabilidades de que prospere esta solicitud, recomendamos que, siempre que sea posible, se alineen posturas con los agentes intervinientes en la obra (director de obra, entidades de control de calidad, coordinadores de seguridad y salud, interventores, etc.). O que incluso se aporten comunicaciones, de tenerlas, en las que dichos agentes plantean la suspensión.

¿Qué puedo hacer si la Administración no responde en el plazo de 5 días naturales o se desestima la solicitud?

Una vez presentada la solicitud de suspensión, debe entenderse desestimada, al menos en cuanto a la pretensión solicitada al amparo del artículo 34 RD-L, si (i) se notifica resolución desestimatoria expresa al contratista, o si (ii) transcurrido el plazo de 5 días naturales no se ha notificado la resolución expresa al contratista.

En ambos casos, el contratista debería continuar con la ejecución de las obras. No obstante, siempre y cuando esté suficientemente justificada la necesidad inminente de que se suspenda el contrato por la imposibilidad de continuar su ejecución, el contratista podría recurrir en vía judicial la decisión de la Administración (expresa o por silencio administrativo), junto con la solicitud de una medida cautelar *inaudita parte* de suspensión de las obras, pidiendo, asimismo, con carácter subsidiario, la tramitación ordinaria de la medida cautelar.

¿Qué daños son indemnizables?

Acordada la suspensión, solo serán indemnizables los siguientes conceptos:

- (i) Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.

Para ello, será necesario aportar las nóminas de los trabajadores en las que figure la adscripción de estos trabajadores a la obra en cuestión antes del 14 de marzo y que continúe adscrito cuando se reanude. Si en las nóminas no figura la adscripción de los trabajadores a la obra, se deberán aportar partes de trabajo firmados por el órgano de contratación o, en última instancia, declaraciones responsables de los trabajadores y de los correspondientes departamentos de recursos humanos que justifiquen esta adscripción.

Además, se concreta que 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 pagas 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.

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

Para ello, será necesario acreditar los costes financieros soportados como consecuencia del manteniendo de la garantía definitiva. Si es necesario, puede solicitarse un justificante de pago al banco correspondiente.

- (iii) 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.

Para ello, será necesario (a) aportar, cuando sea posible, los contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos; y (b) explicar, si es posible, el resto de contratos de obras que la sociedad tiene adjudicados y la situación en que se encuentra cada una para descartar que pudieron ser empleados para otros fines distintos.

- (iv) 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.

Para ello, será necesario aportar el contrato de póliza de seguro y el justificante de pago de la misma durante el tiempo que dure la suspensión.

Esta enumeración de los gastos resarcibles es *numerus clausus*, de manera que no cabrá reclamar ningún otro gasto distinto de los anteriores, si la petición se estima al amparo del artículo 34 RD-L.

¿Qué periodo es indemnizable?

El periodo efectivo de suspensión, esto es, desde el momento en que devino imposible la ejecución del contrato hasta que se reanude el mismo por orden del órgano de contratación.

¿Se exigen requisitos adicionales para poder ser indemnizado por los daños y perjuicios causados?

Sí. Además de lo expuesto, el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios tendrá lugar cuando el contratista adjudicatario principal acredite fehacientemente el cumplimiento de (i) sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020 (tanto de sí mismo como de subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato); y (ii) estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores a fecha 14 de marzo de 2020.

¿De qué plazo dispongo para reclamar?

El artículo 34.3 RD-L no señala un plazo concreto para que los contratistas que tengan derecho a ser indemnizados por la suspensión contemplada en este artículo soliciten la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. No obstante, para aquellos contratos a los que les aplique la LCSP, dado que el RD-L no excluye la aplicación del artículo 208.2.c) LCSP, el derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato.

Se entiende que esta orden de reanudación de la ejecución se producirá una vez cese el estado de alarma, y ese será el momento más procedente para formular la reclamación. En todo caso, si se quisiese formular una reclamación de carácter parcial durante el estado de alarma, debe recordarse que los plazos de prescripción se encuentran actualmente suspendidos³⁷.

Para el resto de contratos a los que, por razones temporales, les apliquen las normas anteriores de contratación pública, se entiende que su derecho a solicitar la indemnización de daños y perjuicios prescribe a los 4 años desde la liquidación del contrato, de conformidad con lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria³⁸.

³⁷ Disposición adicional cuarta (Suspensión de plazos de prescripción y caducidad) 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.

³⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2003 (RJ 2003, 2282), de 8 de febrero de 2007 (RJ 2007, 858), de 15 de junio de 2007 (RJ 2007, 6410), de 2 de abril de 2008 (RJ 2008, 2390), de 15 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 2788), de 1 de octubre de 2014 (RJ 2014, 5226) y de 22 de mayo de 2019 (RJ 2019, 1969).

Por su parte, para aquellos contratos sujetos a derecho privado en cuanto a sus efectos y extinción, el plazo de prescripción para reclamar los daños y perjuicios ocasionados será de 5 años desde la fecha en que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación³⁹.

¿Puedo solicitar la suspensión del contrato si puede entenderse que debido a la situación provocada por el COVID-19 ha perdido su finalidad?

No. De acuerdo con el párrafo primero del apartado 3 del artículo 34 RD-L, los contratos públicos de obra, cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación descrita y cuando por motivo del COVID-19 se genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato, el contratista podrá solicitar la suspensión del mismo desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse (el órgano de contratación notificará al contratista el fin de la suspensión).

Por tanto, si el contrato ha perdido su finalidad como consecuencia de la situación ocasionada por el COVID-19, entendemos que debe solicitarse su resolución. Esta solicitud de resolución y los efectos de la misma se regirán por la norma de contratación pública aplicable al contrato concreto o por el derecho privado, según la naturaleza del contrato.

Si la obra no se encuentra en un supuesto de suspensión, pero debido a la situación provocada por el COVID-19, se va a producir una demora en los plazos, ¿qué puedo hacer? ¿Tengo derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se ocasionen?

El párrafo cuarto del apartado 3 del artículo 34 RD-L, prevé expresamente que (i) cuando, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» estuviese prevista la finalización de un contrato entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo, y (ii) 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, el contratista podrá solicitar una prórroga en el plazo de entrega final, siempre y cuando ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le amplía el plazo inicial.

En el supuesto en el que la obra no se encuentre en alguno de los dos escenarios anteriores, pero la situación de COVID-19 implique igualmente una demora en el cumplimiento de los plazos, entendemos que el contratista también podrá solicitar una prórroga del plazo de ejecución y la Administración deberá concedérsela, en el caso de los contratos administrativos, de conformidad con lo previsto en el artículo 195.2 LCSP (o su equivalente en las distintas normas de contratación pública aplicables por razones temporales)⁴⁰, y, en caso de que el contrato sea privado, habrá que estar al contenido específico de la documentación contractual.

³⁹ Artículo 1964.2 Código Civil. A efectos del cómputo del plazo de prescripción deberá tenerse en cuenta el régimen transitorio introducido por la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁰ Artículo 195.2 LCSP: “Si el retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista y este ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá dándosele un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor. El responsable del contrato emitirá un informe donde se determine si el retraso fue producido por motivos imputables al contratista.”

En ambos casos, entendemos que el contratista tendrá derecho a ser indemnizado únicamente por los mismos conceptos que se recogen para el supuesto de suspensión del contrato⁴¹.

6. Contratos de concesión de obras o servicios

¿Qué puede hacer una empresa concesionaria para resarcirse de los daños y perjuicios que se le están irrogando por la crisis del COVID-19?

De conformidad con el apartado cuarto del artículo 34, puede solicitar al órgano de contratación el reequilibrio económico del contrato.

¿Qué debe justificarse en la solicitud de reequilibrio económico del contrato?

En su solicitud de reequilibrio, el concesionario deberá justificar:

- (i) La imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por las distintas Administraciones para combatirlo.
- (ii) Fehacientemente, la realidad, efectividad e importe de la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados (entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales⁴² 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).

Únicamente si el órgano de contratación considera que los dos puntos anteriores concurren y están suficientemente justificados, estimará la solicitud de reequilibrio económico del contrato.

¿Qué puede entenderse por “imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia” de la crisis del COVID-19?

El RD-L no ofrece ninguna concreción sobre lo que debe entenderse como “*imposibilidad de ejecución del contrato*”. Como criterio interpretativo parece lógico acudir a la regulación de esta clase de contratos en la normativa de contratación pública. Así, cabe destacar dos artículos del TRLCSP que son aplicables a contratos de concesión (causas de resolución) (que también se incluían en las normativas de contratación pública previas y en la LCSP) y que hacen referencia a la imposibilidad de ejecución del contrato:

- (i) Artículo 211.1 g) TRLCSP: “*La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato.*”

⁴¹ Para reclamaciones en contratos sujetos a derecho privado, consultar la Nota Informativa Especial COVID-19 (Nº6) (Las consecuencias legales por eventuales incumplimientos contractuales a causa del COVID-19)

⁴² Los efectivamente abonados al trabajador. Se excluyen los gastos asociados a las contribuciones a la Seguridad Social.

- (ii) Artículo 279, apartado e) TRLSCP: “*La imposibilidad de la explotación de las obras como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.*”

Pues bien, analizando cómo ha interpretado la jurisprudencia estos preceptos, podremos alcanzar un entendimiento superior de qué se entiende por “*imposibilidad de ejecución*” de un contrato de concesión y, así, saber, en aplicación del RD-L, en qué casos podría solicitarse un reequilibrio económico del contrato de concesión. En este sentido, de un análisis de los precedentes jurisprudenciales, pueden realizarse las consideraciones que se indican a continuación.

En primer lugar, en aplicación de estos preceptos se recogen principalmente dos clases de imposibilidad:

- (i) Imposibilidad material o técnica: Consiste en una situación de hecho (normalmente imputable a la Administración) que impide técnica⁴³ o materialmente⁴⁴ la explotación del contrato.
- (ii) Imposibilidad legal o jurídica: Se trata de una actuación de la Administración, un acto administrativo o la existencia de una disposición de carácter general, que impiden la ejecución del contrato⁴⁵.

Asimismo, para que la situación de hecho o de derecho tenga la consideración de “imposibilidad”, la jurisprudencia exige:

- (i) En términos jurídicos objetivos y unívocos, la privación de la prestación del servicio, y que se imposibilite en un sentido contractual amplio (y no solo en el ámbito de la percepción económica y material que el concesionario tenga sobre su capacidad de prestar el servicio en las condiciones en que se le retribuye).⁴⁶
- (ii) Dicha imposibilidad de ejecución del contrato ha de relacionarse con la causa y objeto del contrato⁴⁷.

Asimismo, del análisis de los precedentes jurisprudenciales puede interpretarse que cuando se aprecia la imposibilidad de ejecución de un contrato, no es una imposibilidad total, insalvable y *sine die*, sino más bien una imposibilidad (como establece expresamente el artículo 211.1 g) TRLCSP) de explotar el contrato en los términos “*inicialmente pactados*”.

⁴³ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2019 [ECLI: ES:AN:2019:3366].

⁴⁴ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 7 de junio de 2018 [ECLI: ES:TSJGAL:2018:3893].

⁴⁵ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 23 de abril de 2018 [ECLI: ES:TSJCLM:2018:1149].

⁴⁶ Sentencia de 27 de enero de 2014 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco [ECLI: ES:TSJPV:2014:353].

⁴⁷ Sentencia de 11 de noviembre de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León [ECLI: ES:TSJCL:2016:4083].

En este sentido, consideramos que el RD-L ha querido diferenciar dos supuestos:

- (i) Supuesto en los que el contrato de haya “*perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19*”⁴⁸. Este supuesto se refiere a una imposibilidad total, insalvable y *sine die*.

Por ejemplo, un contrato de concesión que deba resolverse por orden de la Administración de forma definitiva para garantizar la sanidad y seguridad públicas a raíz de la crisis del COVID-19. En este caso el contrato de concesión ha perdido su finalidad y debe resolverse.

- (ii) Supuesto en el que concurra una “*imposibilidad de ejecución del contrato*” en los términos inicialmente pactados. Este es el supuesto en el que entendemos que puede solicitarse el reequilibrio económico del contrato bajo el RD-L.

Por ejemplo, el cierre de un centro deportivo concesionado por orden expresa de la Administración para contener la propagación del COVID-19. En este caso, el concesionario dejará de percibir ingresos durante el tiempo que dure el cierre del centro, lo que hará que devenga imposible ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados, por lo que podrá solicitar un reequilibrio económico de la concesión.

Entendemos que también procedería solicitar el reequilibrio económico en aquellos supuestos en los que no se cierren temporalmente instalaciones, pero que la crisis del COVID-19 afecte al equilibrio económico de la concesión reduciendo cualitativamente sus ingresos o aumentando sus costes de tal forma que ya no pueda explotarse el contrato tal y como fue adjudicado.

Más adelante se esbozará una estrategia para plantear la solicitud de reequilibrio económico del contrato, dependiendo del supuesto que concurra.

¿En qué momento se solicita el reequilibrio económico del contrato?

Las solicitudes de reequilibrio económico del contrato, bajo la normativa de contratación pública, suelen formularse (i) una vez que se aprecia claramente la causa que está desequilibrando el balance económico de la concesión y (ii) normalmente, cuando la empresa concesionaria ya está incurriendo en pérdidas o está viendo frustrados los beneficios económicos que razonablemente esperaba obtener.

No obstante lo anterior, es posible iniciar un procedimiento ante el órgano de contratación desde una fase temprana ya que demuestra la conducta diligente de la empresa concesionaria. Desde el momento en el que se experimenta que hay una situación de hecho o de derecho que ha comenzado a desequilibrar económicamente el contrato (por ejemplo, el cierre de las instalaciones por orden de la Administración), lo razonable es que esta circunstancia se ponga en

⁴⁸ Apartados 2 y 3 del artículo 34 del RD-L.

conocimiento de la Administración concedente. Estas actuaciones permiten a la Administración adoptar las medidas que permitan minimizar los efectos económicos del concesionario.

Así, por ejemplo, si se ordenase el cierre de instalaciones del concesionario y se apreciase un impacto económico relevante, lo coherente es solicitar el primer reequilibrio económico del contrato, haciendo constar expresamente que se volverá a solicitar un segundo reequilibrio en el caso de que se prorrogue el cierre temporal y siempre que el primer reequilibrio no fuera suficiente para mantener el equilibrio económico de la concesión.

¿Puede solicitarse la suspensión del contrato junto con el reequilibrio en el momento en el que concurra la “imposibilidad de ejecución”?

El RD-L no contempla expresamente la figura de la suspensión para el contrato de concesión (como si lo hace para otros contratos). Entendemos que esto puede deberse a que, como consecuencia de los extensos plazos de las concesiones, quizás no tenga sentido suspender el contrato, sino más bien la explotación, y conceder alguna medida de reequilibrio por la situación ocasionada durante dicha paralización.

No obstante, la suspensión de los contratos de concesión por el cierre cautelar o temporal de instalaciones no es una figura desconocida para la normativa de contratación pública⁴⁹ ni para la jurisprudencia⁵⁰.

Ahora bien, existe un precedente⁵¹ (en el cual no se habían clausurado las instalaciones) que rechaza la suspensión de la concesión por considerar que la frustración de las expectativas económicas del contrato se debe incardinar en un supuesto de riesgo y ventura. Dicha “frustración” suponía que *“los ingresos han sido un 89% inferior a lo previsto”*.

Lo anterior indica que algunos tribunales, salvo en el supuesto de cierre de las instalaciones, son reacios a acordar la suspensión del contrato de concesión.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que es posible solicitar la suspensión de la concesión junto con el correspondiente reequilibrio económico del contrato, siempre que se haya producido el cierre de la instalación o establecimiento en cuestión y, en consecuencia, se haya paralizado la explotación. La suspensión de la concesión en el caso de cierre temporal total de instalaciones puede resultar conveniente a los efectos de justificar el aplazamiento o pago parcial de los conceptos retributivos que se abonen al Ayuntamiento (canon) mientras dure el cierre temporal de las instalaciones⁵².

⁴⁹ Artículo 102 de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, artículo 203 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 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, y 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

⁵⁰ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria de 12 de junio de 2018 [ECLI: ES:TSJICAN:2018:1415].

⁵¹ Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Santander de 21 de febrero de 2018 [ECLI: ES:JCA:2018:48].

⁵² Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Baleares de 1 de diciembre de 2005 [ECLI: ES:TSJBAL:2005:1152].

¿Qué medidas concretas pueden solicitarse para articular el reequilibrio económico del contrato? ¿Puedo solicitar específicamente el aplazamiento del pago del canon o su modificación a través de la solicitud de reequilibrio?

Puede solicitarse el restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante (i) la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o (ii) la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato, entre ellas, el canon concesional.

Aunque es una cuestión que debe valorar cada concesionario en atención a sus propias circunstancias, parece que lo más conveniente podría ser presentar un primer escrito de valoración de la “imposibilidad de ejecución del contrato” en los términos inicialmente pactados, solicitando el aplazamiento del pago del canon, y anunciando ya la solicitud de reequilibrio económico del contrato.

Tras haberse dictado el RD-L, que reconoce expresamente “*la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato*”, parece posible que los órganos de contratación admitan el aplazamiento y/o modificación del canon concesional, máxime si se puede defender que la crisis del COVID-19 es un supuesto de fuerza mayor⁵³. Además:

- (i) Existen precedentes de tribunales⁵⁴ que no admitiendo en el caso concreto que los supuestos alegados sean de fuerza mayor (por ejemplo, el abandono del contrato por un socio estratégico) admiten indirectamente que en el caso de que concurriera un supuesto de fuerza mayor que alterara sustancialmente las condiciones de ejecución del contrato, se podría admitir una cierta traslación del riesgo a la Administración⁵⁵.
- (ii) Otro precedente admite indirectamente el aplazamiento del pago o el pago parcial del canon anual, por considerar que concurre un fenómeno imprevisible de fuerza mayor como el “*arrasamiento de una playa*”⁵⁶.

¿Puedo acogerme a los mecanismos de la normativa de contratación pública en caso de que en la concesión no concurra un supuesto de “imposibilidad de ejecución del contrato”?

Como se ha expuesto, uno de los requisitos que exige el RD-L para que el órgano de contratación admita la solicitud de reequilibrio económico es que aprecie una “*imposibilidad de ejecución del contrato*”. No obstante, ¿qué ocurre si entendemos que nuestra concesión no se encuentra en ese

⁵³ Se podría defender que en el presente caso estamos ante un supuesto de fuerza mayor, además de porque se reconoce en el propio RD-L en la regulación de las medidas laborales, porque los efectos y consecuencias de esta crisis sanitaria son incluso más graves a los que se producen como consecuencia de otros fenómenos que sí que están enumerados como causas de fuerza mayor en las diferentes normas de contratación pública.

⁵⁴ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2012 [ECLI: ES:TSJM:2013:12094].

⁵⁵ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2012 [ECLI: ES:TSJM:2013:12094].

⁵⁶ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Baleares de 1 de diciembre de 2005 [ECLI: ES:TSJBAL:2005:1152].

supuesto, a pesar de que la crisis del COVID-19 esté perjudicando nuestra concesión y causándonos daños? Pues bien, consideramos que las empresas concesionarias podrían acogerse a los mecanismos que la normativa de contratación pública (RD-L aparte) reserva para estos casos.

Conforme a lo anterior, si consideramos que la crisis del COVID-19 está rompiendo el equilibrio económico de la concesión, pero no hace imposible su ejecución, por ejemplo, porque no amenaza gravemente la viabilidad económica del contrato, podría solicitarse un reequilibrio económico de la concesión de conformidad con la normativa de contratación pública que aplique a cada contrato⁵⁷.

Asimismo, esta opción encajaría en la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo⁵⁸, que ha establecido que, bajo la normativa de contratación pública, si no concurre un supuesto de “*imposibilidad de continuar con la explotación*” lo que procede es solicitar el reequilibrio económico del contrato.

En este sentido, recordemos que las normas de contratación pública reconocen la posibilidad de solicitar un reequilibrio económico de la concesión si concurre un supuesto de fuerza mayor que de forma directa suponga la ruptura sustancial de la economía de la concesión. Así, aunque los supuestos de fuerza mayor se regulan expresamente en las distintas normas de contratación también de forma uniforme, y no se incluye como supuesto las pandemias y las crisis sanitarias, es cierto que, como se ha apuntado, a la crisis del COVID-19 se le ha dado la consideración por el RD-L de supuesto de fuerza mayor⁵⁹ en la regulación de las medidas laborales.

En definitiva, en la solicitud de reequilibrio económico que se formulase al margen del RD-L debería justificarse (i) la ruptura esencial de la economía de la concesión y (ii) que la crisis del COVID-19 y sus consecuencias se deben incardinar en un supuesto de fuerza mayor a los efectos de la normativa de contratación pública.

¿Puedo plantear una solicitud de reequilibrio económico del contrato en aplicación del RD-L y otra, subsidiaria, en aplicación de la normativa de contratación pública?

Sí, es una opción posible y garantista, siempre que pueda justificarse el cumplimiento de los requisitos. En este sentido, la estructura de la solicitud podría ser la siguiente:

⁵⁷ Se recogió expresamente por primera vez en el artículo 248 (Mantenimiento del equilibrio económico del contrato) de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, pero la jurisprudencia también admite su aplicación en aquellos contratos sujetos al 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, vía artículo 163.2 de dicho cuerpo normativo (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 28 de enero de 2015 [ECLI: ES:TS:2015:956]). También en el Artículo 241 (Mantenimiento del equilibrio económico del contrato) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, artículo 258 (Mantenimiento del equilibrio económico del contrato) TRLCSP y artículo 270 (Mantenimiento del equilibrio económico del contrato) LCSP.

⁵⁸ Por todas, sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2016 [ECLI: ES:TS:2016:2713].

⁵⁹ Entre otros, artículo 22 y 24 del RD-L.

- (i) Solicitar el reequilibrio económico de la concesión en virtud del RD-L, justificando “*la imposibilidad de ejecutar el contrato*”.
- (ii) Subsidiariamente, para el caso de que se considere por el órgano de contratación que es posible continuar con la explotación del contrato, se solicitaría el reequilibrio económico del contrato en virtud de la normativa de contratación pública aplicable, justificando (a) la crisis del COVID-19 y sus consecuencias como un supuesto de fuerza mayor⁶⁰; y (b) la ruptura esencial de la economía de la concesión.

7. Tramitación de emergencia

La disposición final sexta del RD-L modifica el artículo 16 del Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19. Así, se añade que, en los casos de tramitación de emergencia, si fuera necesario realizar abonos a cuenta por actuaciones preparatorias a realizar por el contratista, no será de aplicación el régimen general de garantías de la LCSP, siendo el órgano de contratación el que determinará tal circunstancia en función de la naturaleza de la prestación a contratar y la posibilidad de satisfacer la necesidad por otras vías. Además, de la justificación de la decisión adoptada deberá dejarse constancia en el expediente.

La información contenida en esta Nota Informativa es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico. Este documento ha sido elaborado el 21 de marzo de 2020 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

⁶⁰ Se podría defender que en el presente caso estamos ante un supuesto de fuerza mayor, además de porque se reconoce en el propio RD-L en la regulación de las medidas laborales, porque los efectos y consecuencias de esta crisis sanitaria son incluso más graves a los que se producen como consecuencia de otros fenómenos que sí que están enumerados como causas de fuerza mayor en las diferentes normas de contratación pública.