

Nº 21
Nº extraordinario 2020

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



ANÁLISIS JURÍDICO DERIVADO DEL ESTADO DE ALARMA POR LA CRISIS SANITARIA OCACIONADA POR EL COVID-19

© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA
Nº EXTRAORDINARIO**

**En colaboración con el Consejo Superior de Letrados
y Abogados de Comunidades Autónomas**

SUMMA OMNIUM
CONSEJO SUPERIOR DE LETRADOS Y
ABOGADOS DE COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Número 21. N° Extraordinario 2020

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.

Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.



D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director Académico de Internacionalización de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria.

Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción 12

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

BREVE ESTUDIO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA PARA LA GESTIÓN DE LA SITUACIÓN DE CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19

D. Leopoldo J. Gómez Zamora 19

EL CONTROL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS AL GOBIERNO Y LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

D. Víctor Ernesto Alonso Prada.....73

REALES DECRETOS DE DECLARACIÓN Y PRÓRROGA DEL ESTADO DE ALARMA: NATURALEZA JURÍDICA, CONTROL JURISDICCIONAL Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

D. Juan José González López 109

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y COVID-19. NORMATIVA COMPLETA Y TRAMITACIÓN DE EMERGENCIA ANTE LA CRISIS SANITARIA

D. Jaime Pintos Santiago y D. Jorge Pérez Bravo.....133



MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
PARA PALIAR LAS CONSECUENCIAS DEL COVID-19.
ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 34 DEL REAL DECRETO-LEY
8/2020, DE 17 DE MARZO

D. Luis Manent Alonso185

IMPACTO DE LA CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR
EL COVID -19 EN EL CONTROL INTERNO Y LA GESTIÓN
ECONÓMICO FINANCIERA.

D^a Matilde Castellanos Garijo..... 229

ANALISIS DE URGENCIA DEL REGIMEN SANCIONADOR
EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES
Y MANDATOS DEL ESTADO DE ALARMA EN VIRTUD DEL
REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO

D^a Belén López Donaire.....265

MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS MAYORES
DURANTE LA CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL
COVID-19

D^a Beatriz Martin Lorenzo.....287

LA TERMINOLOGIA EMPLEADA RESPECTO DE LA
SUSPENSIÓN-INTERRUPCIÓN DE LOS PLAZOS
ADMINISTRATIVOS POR EL REAL DECRETO 463/2020,
DE 14 DE MARZO

D. Francisco José Negro Roldan.....319

LA SUSPENSIÓN DE LOS PLAZOS DURANTE LA
DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

D. Fernando Nuñez Sánchez.....343

LA SUSPENSIÓN DE PLAZOS PROCESALES Y LA
PRESCRIPCIÓN DE LOS DELITOS LEVES

D^a Mariángeles Berrocal Vela.....379



EL CORONAVIRUS Y LOS CONTRATOS DE
ARRENDAMIENTO DE LOCAL DE NEGOCIO – IMPACTOS
EN LA RESTAURACIÓN
D. Borja García Rato.....391

BASES DE PUBLICACIÓN..... 399

Dedicamos este número a la memoria de todas las víctimas de la epidemia y a sus familiares, especialmente a nuestro compañero Raúl que prestó servicios durante los últimos años en el Gabinete Jurídico en Cuenca.

LEOPOLDO J. GÓMEZ ZAMORA

Director

Belén López Donaire

Coordinadora

**ANALISIS JURIDICO DERIVADO DEL ESTADO DE
ALARMA POR LA CRISIS SANITARIA OCACIONADA
POR EL COVID-19**

Leopoldo J. Gómez Zamora

Víctor Ernesto Alonso Prada

Juan José González López

Jaime Pintos Santiago

Jorge Pérez Bravo

Luis Manent Alonso

Francisco José Negro Roldan

M^a de los Ángeles Berrocal Vela

Borja García Rato

Beatriz Martín Lorenzo

Matilde Castellanos Garijo

Fernando Nuñez Sánchez

Belén López Donaire



EDITORIAL

No quisiéramos haber tenido que publicar este número especial de la revista Gabilex, dedicado a la situación generada por el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 pero entendemos que es parte de nuestra función social el analizar las cuestiones jurídicas de nuestro tiempo.

No pretendemos agotar el tratamiento de todas las cuestiones relacionadas con el estado de alarma sino simplemente aportar análisis y visiones jurídicas sobre algunos aspectos que puedan ser relevantes y útiles para el operador jurídico.

Este número realizado en colaboración con el Consejo Superior de Letrados y Abogados de Comunidades Autónomas, comienza con un análisis introductorio de las principales medidas adoptadas durante el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Continúa con el control al Congreso de los Diputados y la actividad parlamentaria durante el estado de alarma y se analiza la naturaleza de los reales decretos del estado de alarma, control jurisdiccional e impugnación.

Se hace un estudio exhaustivo en materia de contratación pública y el control interno.

Se aborda en profundidad la suspensión de plazos administrativos, procesales y la prescripción de delitos leves.

También se hace un análisis del aspecto sancionador derivado de los incumplimientos derivados del estado de alarma.

Se estudian las medidas de protección a personas mayores y por último la incidencia en los contratos de arrendamiento.

Hemos trabajado duramente y de forma rápida para poder publicar el número en formato digital antes de que finalice el estado de alarma, pero al término del mismo publicaremos el número actualizado y definitivo.

Humildemente, deseamos que este número resulte interesante y útil.

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES

**MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA PARA PALIAR LAS CONSECUENCIAS
DEL COVID-19. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 34
DEL REAL DECRETO-LEY 8/2020, DE 17 DE
MARZO**

D. Luis Manent Alonso

Abogado de la Generalitat
Letrado del Consejo Jurídico
Consultivo de la Comunidad Valenciana

RESUMEN

Este estudio tiene por objeto exponer ciertas medidas que el Gobierno de España ha adoptado en materia de contratación pública con el fin de paliar los efectos de la pandemia del COVID-19 en el tejido empresarial del país, así como evitar que las formalidades administrativas dificulten combatir esta crisis sanitaria.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse certain legal measures concerning public procurement adopted by the Spanish Government in order to mitigate the effects of the



COVID-19 pandemic, both in the economy and the welfare state.

PALABRAS CLAVE

COVID-19, contratación pública, fuerza mayor, compensación económica, prórroga de contratos

KEY WORDS

COVID-19, public procurement, force majeure, financial compensation, extension of contracts

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA. 1) Riesgo y ventura en la contratación pública. 2) Fuerza mayor. 2.1 *Fuerza mayor en el contrato de obras.* 2.2 *Fuerza mayor en las concesiones.* III. COMPENSACIÓN ECONÓMICA PARA PALIAR LAS CONSECUENCIAS DE LA IMPOSIBILIDAD O RETRASO DE LA PRESTACIÓN DE LOS CONTRATOS Y CONCESIONES POR EL COVID-19. 1) Ámbito de aplicación. 2) Requisitos. 3) Efectos y consecuencias. 3.1 *Imposibilidad de ejecución del contrato o concesión.* 3.2 *Mora debitoris* en los contratos de obras, servicios y suministro. 4) Procedimiento. 4.1 *Imposibilidad de ejecución del contrato o concesión.* 4.2 *Mora debitoris* en los contratos de obras, servicios y suministro IV. EL TIEMPO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. V PRÓRROGA LEGAL DE DETERMINADOS CONTRATOS VINCULADOS CON EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DURANTE LA PANDEMIA. VI. CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I) INTRODUCCIÓN

La declaración del estado de alarma, el 14 de marzo de 2020, así como la suspensión de la actividad económica no esencial, el 29 de marzo de 2020, ha incidido en el normal funcionamiento de la contratación pública.

La expansión del COVID-19, y la consecuente declaración de pandemia por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020, han paralizado el país, propiciando una inminente desaceleración económica y dificultando la prestación de los servicios públicos por parte de las Administraciones Públicas.

Ante esta situación excepcional el Gobierno de España ha reaccionado aprobando una serie de reales decretos y reales decretos-leyes. Algunos de ellos han afectado a la contratación pública. Las disposiciones adoptadas se han encaminado en un doble sentido. Por un lado, a flexibilizarla en beneficio de la Administración, y por otro, a minimizar el perjuicio a los intereses económicos y jurídicos de los licitadores y contratistas.

En el primer grupo de medidas se encuentran, entre otras, las disposiciones que afectan al suministro centralizado en materia sanitaria¹, la contratación de

¹ El art. 4 RD-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública ha modificado la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas



emergencia², los convenios para la cooperación horizontal dentro del sector público³, y la prórroga legal de determinados contratos necesarios para el desenvolvimiento de los servicios públicos durante la pandemia⁴.

Se enmarcan en el segundo grupo la suspensión de los plazos administrativos, y por lo tanto los de los contratos públicos y de los tribunales especiales en materia de contratación pública⁵, así como las compensaciones económicas a los contratistas⁶.

Como afirma GIMENO estas medidas forman parte de «un “paquete jurídico de medidas excepcionales ante una situación excepcional, que pretende, desde el

especiales en materia de salud pública para establecer el abastecimiento centralizado por el Estado de productos sanitarios distintos de los medicamentos.

² Art. 16 RD-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

³ Art. 39 RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

⁴ Art. 34.6 RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, en la redacción dada por el RD-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.

⁵ DA 3 RD 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.

⁶ Art. 34 RD-ley 8/2020.



Derecho, alinear un “escudo sanitario, económico y social” eficaz contra el impacto del COVID-19»⁷.

De todas estas medidas, por sus implicaciones y dificultad de implementación, tienen especial interés la suspensión de los plazos administrativos, la contratación de emergencia, la prórroga legal de determinados contratos necesarios para el funcionamiento de los servicios públicos durante la pandemia y las compensaciones económicas a los contratistas para paliar los efectos del COVID-19.

Las dos primeras se analizan, respectivamente, en los estudios de este número de la Revista Gabilex dedicados a la tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria y la suspensión de los plazos durante la declaración del estado de alarma. A ellos nos remitimos.

En este capítulo nos limitaremos al estudio del art. 34 del RD-ley 8/2020, 17 de marzo, en la redacción dada por el RD-ley 11/2020, de 31 de marzo, por los que se adoptan medidas urgentes extraordinarias, y medidas urgentes complementarias, para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. Este artículo prevé el reconocimiento de compensaciones a contratistas y la posibilidad de prorrogar contratos por tiempo superior al que fueron adjudicados.

Desde el punto de vista jurídico las compensaciones a contratistas y la prórroga legal tienen especial interés porque afectan a aspectos tan esenciales

⁷ GIMENO FELIU, José María (2020): «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, pág. 42.



de la contratación pública como el principio de riesgo y ventura y la regla de la temporalidad de los contratos públicos. Ambas cuestiones ocuparán las siguientes páginas.

II PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA

Se entiende por riesgo la «contingencia o proximidad de un daño ajeno a la esfera de actuación de las partes de un contrato, y la ventura como expresión de que una cosa se expone a la contingencia de que suceda un bien o un mal»⁸. Implica que quien emprende una actividad económica y lucrativa debe soportar no solo las consecuencias favorables sino también las desfavorables de la ejecución del negocio, provengan estas o aquellas de su círculo de decisión, del de un tercero o incluso si no son imputables a una persona o conjunto de personas. En definitiva, a juicio del Tribunal Supremo (TS) «tanto jurídica como gramaticalmente quiere decir la frase *a riesgo y ventura*, riesgo - contingencia o proximidad de un daño-, ventura – palabra con que se explica que una cosa se expone a la contingencia de que suceda mal o bien»⁹.

El principio de riesgo y ventura no es sino una concreción de otro más amplio, el principio *pacta sunt*

⁸ BERMEJO LATRE, José Luis (2009): voz «riesgo y ventura del contratista» en *Diccionario de contratación pública* (dir. BERMEJO VERA, José), Iustel, Madrid, pág. 614.

⁹ STS de 18 de junio de 1947, en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1950): «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 2, pág. 90.



servanda, recogido en los arts. 1091 y 1256 del Código Civil (CC), y que implica que los contratos una vez formalizados «tienen fuerza de ley entre las partes contratantes». Devienen inmutables a las vicisitudes que puedan ocurrir porque «lo pactado obliga».

1) Riesgo y ventura en la contratación pública

El principio de riesgo y ventura de la contratación administrativa aunque se refleja en el derecho civil, desde sus orígenes ha estado informado por características propias. La razón de ser del riesgo y ventura de los contratos públicos hay que buscarlo en el propio derecho administrativo.

«En España, el Derecho de la contratación administrativa regula la búsqueda de la mejor oferta»¹⁰. Siendo la finalidad de los procedimientos de adjudicación garantizar que todos los licitadores tengan las mismas oportunidades de contratar con la Administración, la fijación de un criterio cuantitativo hace posible esta premisa. Complementariamente la atribución al contratista del riesgo y ventura del contrato facilita la inmutabilidad del precio, y el mantenimiento de la igualdad de trato entre los licitadores.

Según dijera en su día MESTRE, y posteriormente han reiterado otros autores, «éste es un parámetro que debe valorarse al enjuiciar la vigencia de las relaciones

¹⁰ DÍAZ SASTRE, Silvia (2012): *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 10.



concesionales» y de los contratos de las entidades del sector público¹¹. Desde sus los comienzos, el derecho público regulador de la contratación administrativa se ha dedicado a ordenar la relación de competencia entablada entre los distintos empresarios, y a ello coadyuvaba el principio de riesgo y ventura.

Por otro lado, hay que resaltar que los contratos públicos se singularizan de los privados porque en buena parte de los mismos el vínculo «se basa en la consideración de que la obligación del contratista es una obligación de resultados, contrapuesta a la configuración de la obligación de actividad o medial»¹². Siendo una obligación de resultado, es al contratista a quien corresponde sufrir el *periculum rei*.

Como gráficamente ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA, en sus orígenes el riesgo y ventura supuso tres cosas: «la mayor o menor onerosidad sobrevenida no autoriza al contratista a desligarse del contrato, que tampoco le daba derecho a pretender una modificación correlativa del precio y que los riesgos anteriores al pago había de soportarlos el propio contratista»¹³.

2) Fuerza mayor

¹¹ MESTRE DELGADO, Juan Francisco (1992): *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, Madrid, pág. 59.

¹² FJ 2 d) de la STS de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4478).

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1995): *Curso de derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 7ª ed., pág. 710.



La *vis maior* hace referencia a aquellos sucesos que con independencia de su previsibilidad son inevitables. Se contraponen al caso fortuito, referido a supuestos imprevisibles, pero que de haberse podido prever se hubieran podido haber evitado. Los primeros se caracterizan por la irresistibilidad, los segundos por la imprevisibilidad. Ambos se relacionan con las fuerzas de la naturaleza y otros acontecimientos extraordinarios, y pueden determinar la extinción del contrato o su ejecución en condiciones más gravosas.

Por ello, jurídicamente, fuerza mayor se configura como elemento mitigador de la responsabilidad del contratista en el contrato de obras, así como un mecanismo corrector de la distribución de riesgos en las concesiones. «Estamos ante un principio de excepción a la regla de inmutabilidad de los contratos, propia del derecho civil»¹⁴. Modula el principio de riesgo y ventura en favor del contratista y concesionario. No puede desconocerse que la fuerza mayor puede incidir en la eficacia del contrato, bien dificultando su ejecución, bien haciendo imposible la misma¹⁵.

¹⁴ MANENT ALONSO, Luis (2018): «Los contratos de concesión de obras y servicios», en *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos* (MESTRE DELGADO, Juan Francisco y MANENT ALONSO, Luis, dirs.), Tirant lo Blach, Valencia, pág. 173.

¹⁵ Para la concesión de obras públicas esta dicotomía queda reflejada en el art. 254.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP-17). Este dispone que «si la concurrencia de fuerza mayor implicase mayores costes para el concesionario se procederá a ajustar el plan económico-financiero. Si la fuerza mayor impidiera por completo la realización de las obras se procederá a resolver el contrato, debiendo abonar el órgano de contratación al



2.1 Fuerza mayor en el contrato de obras

La fuerza mayor es un principio de excepción a la responsabilidad del contratista en los contratos de obras, y por lo tanto al principio de riesgo y ventura. Cuando no hace imposible su cumplimiento actúa como mecanismo compensatorio, reconociendo al contratista el derecho a ser indemnizado.

ARIÑO opina que el contrato de obras se configuró desde sus inicios como un supuesto de excepción al principio de riesgo y ventura, presente en los demás contratos¹⁶. Llega a esta conclusión porque en aquel la Administración debía soportar los perjuicios resultantes de la fuerza mayor, en estos los contratistas.

Con el paso del tiempo se han ido limitando los supuestos en los que procedía la apreciación de la fuerza mayor. Desde el pliego de condiciones generales para las contrataciones de obras públicas de 1886, las causas de

concesionario el importe total de las ejecutadas, así como los mayores costes en que hubiese incurrido como consecuencia del endeudamiento con terceros».

¹⁶ ARIÑO funda su postura en la sentencia de 30 de abril de 1851, en la que el Consejo Real, en el asunto Obregón, concluyó que el *periculum rei* no recaía en todo caso sobre el contratista, sino solo cuando había mediado culpa suya, si bien esta era interpretada ampliamente. De acuerdo con el pliego de 1836 se imponía la culpa al contratista respecto de las «pérdidas, averías o perjuicios causados u ocasionados por su negligencia, imprevisión, falta de medios o erradas de maniobras». ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968): *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, pág. 69.



fuerza mayor pueden agruparse como sigue: incendios causados por la electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos y destrozos ocasionados violentamente¹⁷.

En otro orden de cosas, hay que poner de manifiesto que «la razón de que se establezca la indemnizabilidad de los daños en caso de fuerza mayor es la de evitar el encarecimiento de la contratación por la repercusión en el precio contractual de las primas de los seguros que, en otro caso, el contratista habría de concertar; con ello es la Administración la que, en último término, resulta beneficiada, pues le resulta más ventajoso el autoseguro –ella sufre el riesgo de la fuerza mayor–, dado el elevadísimo número de contratos que pacta, por un lado, y lo excepcional de la fuerza mayor, por otro»¹⁸.

2.2 Fuerza mayor en las concesiones

Aunque el mecanismo de la fuerza mayor solo estaba previsto para el contrato de obras, también era aplicable a las concesiones de servicios públicos en virtud de la extensión, prevista en la Ley de contratos del Estado de 8 de abril de 1965, de las normas del contrato de obras al de gestión de servicios públicos¹⁹.

¹⁷ Artículo 1 de la Real Orden de 17 de julio de 1868, dictada en desarrollo del artículo 41 del Pliego de condiciones generales para las contrataciones de obras públicas de 1861.

¹⁸ FJ 4 de la STS de 14 de julio de 1986 (RJ 1986, 5071).

¹⁹ El art. 67 de la Ley de contratos del Estado, aprobado por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, establecía que «el contrato



En la actualidad la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP-17) contempla la fuerza mayor en los contratos de concesión como supuesto de restablecimiento del reequilibrio de la economía del contrato. Además, a efectos de estos contratos, dice la LCSP-17, «se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239» de la LCSP-17 para el contrato de obras²⁰. En este precepto solo reconoce una indemnización al contratista en tres supuestos, a saber: «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».

Si este precepto se extrapola a la teoría de los riesgos de las concesiones «resulta necesario concluir que [cualquier causa de fuerza mayor] no está contemplada como uno de los supuestos que permiten exigir a la Administración concedente el restablecimiento

de gestión de servicios públicos se regulará por lo establecido en el título I de esta Ley para el contrato de obras en todo lo que no se oponga a las disposiciones del presente y exceptuando los preceptos que sean privativos de la naturaleza de aquél».

²⁰ Arts. 270.2 *in fine* y 290.4 *in fine* LCSP-17. Estos artículos contemplan, como prerrogativa de la Administración, y siempre que exista una ruptura sustancial de la economía del contrato, el reequilibrio económico del mismo, entre otros supuestos, en los casos de fuerza mayor previstos para el contrato de obras.



del equilibrio financiero»²¹. La LCSP-17 establece un sistema *numerus clausus* de supuestos de fuerza mayor que dan lugar al restablecimiento de equilibrio económico de la concesión.

III. COMPENSACIÓN ECONÓMICA PARA PALIAR LAS CONSECUENCIAS DE LA IMPOSIBILIDAD O RETRASO DE LA PRESTACIÓN DE LOS CONTRATOS Y CONCESIONES POR EL COVID-19

Con carácter general, la fuerza mayor exonera de la responsabilidad por incumplimiento al contratista. En la contratación pública, además, se le reconoce el derecho a una compensación en determinados casos y respecto de ciertos contratos.

Como se ha expuesto, en los contratos administrativos de obras, la LCSP atribuye al contratista la facultad de reclamar una indemnización, y en los de concesiones de obras y servicios adjudicadas por Administraciones Públicas, le reconoce el derecho al reequilibrio de la ecuación financiera en que estos se basan.

Sobre este régimen general, el art. 34 RD-ley 8/2020 incorpora otras compensaciones económicas excepcionales. Aunque el COVID-19, como fenómeno

²¹ Informe 60/08, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre la determinación de responsabilidad por incumplimiento contractual durante el periodo de huelga del servicio de recogida de basuras.



natural de efectos catastróficos, pueda considerarse un supuesto de fuerza mayor a efectos de la LCSP-17, al establecerse un régimen *ad hoc*, éste prima sobre el común previsto en la LCSP-17. «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»²².

En definitiva, esta norma con rango de ley tiene por finalidad paliar las consecuencias económicas negativas del COVID-19 en los contratistas y concesionarios del sector público. Para ello modula el principio de riesgo y ventura que inspira la contratación pública.

Dicho esto, en este apartado analizaremos la compensación económica prevista en el art. 34 RD-ley 8/2020 diferenciando a continuación su ámbito de aplicación, requisitos, efectos y consecuencias y procedimiento.

1) Ámbito de aplicación

El derecho a la compensación económica alcanza a todos los contratos y concesiones típicos suscritos por cualquier entidad del sector público, siempre que su ejecución se rija por la LCSP-17, el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre

²² Informe de la Abogada General del Estado de 1 de abril de 2020 sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.



(TRLCSP) o las leyes equivalentes para los contratos de sectores excluidos y de la seguridad y defensa²³.

A diferencia del régimen general de resarcimiento por causas de fuerza mayor, la compensación no queda limitada a los contratos de obras y las concesiones de obras y servicios formalizados por las Administraciones Públicas. Se aplica también a los contratos administrativos de servicios y suministros, y en general, al resto de contratos y concesiones que suscriba cualquier Administración Pública, poder adjudicador y demás entidades del sector público, siempre que el negocio sea típico²⁴.

²³ El artículo 34.7 RD-ley 8/2020, añadido por el RD-ley 11/2020, aclara que tendrán la consideración de «contratos públicos» «aquellos contratos que con arreglo a sus pliegos estén sujetos a: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (...); o al 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; o a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores (...); o a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad».

²⁴ De acuerdo con el art. 12.1 LCSP-17, son contratos y concesiones típicos: los contratos de obras, servicios y suministros; las concesiones de obras y de servicios; así como el contrato de colaboración entre el sector público y el privado, este último en los ámbitos de la seguridad y la defensa.



Existen, no obstante, tres exclusiones al ámbito de aplicación: los contratos de servicios y suministro de tracto único, determinados contratos vinculados con el funcionamiento de los servicios públicos, y los contratos y concesiones sujetos a normas previas a la LCSP-17, el TRLCSP, o sus equivalentes.

a) Contratos de servicios y suministro de tracto único

El art. 34 RD-ley 8/2020 únicamente afecta determinados contratos de servicios y suministros, esto es, a los de tracto sucesivo. La exclusión de los de tracto único encuentra su razón de ser en la lógica de la causa mayor, la cual está imposibilitando, temporalmente, el normal desarrollo de la prestación por parte de los contratistas del sector público. Esta exclusión por la forma de ejecución del contrato afectaría, por ejemplo, a una entrega única de un bien mueble (sillas, mesas, etc.).

b) Determinados contratos vinculados con el funcionamiento de los servicios públicos

Estos contratos quedan excluidos del ámbito de aplicación del art. 34 RD-ley 8/2020 porque el Gobierno, al considerar su continuidad como esencial para el funcionamiento de los servicios públicos, no puede permitir que se interrumpan o demoren en su cumplimiento. En consonancia con ello no se reconoce una compensación por imposibilidad de ejecución o demora en la prestación. Son los siguientes contratos:

- Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté



vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.

- Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos²⁵.
- Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.
- Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

c) Contratos y concesiones sujetos normas previas a la LCSP-17, el TRLCSP o sus equivalentes

La compensación prevista en el RD-ley 8/2020 solo alcanza a los contratos y concesiones sometidos a la LCSP-17, el TRLCSP o a las normas equivalentes para los sectores del agua, energía, transportes, servicios postales, seguridad y defensa.

Al incidir la compensación en la fase de ejecución de los contratos y concesiones ha de entenderse que lo determinante es que las normas de derecho transitorio señalen que los efectos, cumplimiento y extinción que

²⁵ En el caso de los contratos de servicios de seguridad y limpieza será posible su suspensión parcial, y por lo tanto el reconocimiento proporcional de la compensación económica. En ese sentido, el art. 34 RD-ley 8/2020 –tras ser modificado por el RD-ley 11/2020 – prevé que los órganos de contratación notifiquen, a los contratistas de los servicios de seguridad y limpieza, los edificios o edificios cuya vigilancia y seguridad queda no suspendida.



del contrato se rijan por la LCSP-17, el TRLCSP o las normas de contratación pública sectorial equivalentes.

En principio no podrían beneficiarse del mecanismo resarcitorio del RD-ley 8/2020 los contratos y concesiones a los que les fuera aplicable la Ley 30/2007, de 30 de abril, de contratos del sector público (LCSP-07), la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), o su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 6 de junio (TRLCAP).

No es posible el recurso a la analogía por incorporar el art. 34 RD-ley 8/2020 medidas excepcionales. Con carácter general, el reconocimiento de una indemnización por causas de fuerza mayor en los contratos de obras, o al reequilibrio de la concesión, es excepcional. Por este motivo, debe aplicarse el mismo carácter a la compensación para paliar los efectos del COVID-19. El RD-ley 8/2020, es «una norma de rango legal, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19)»²⁶. Aunque se aprecie la identidad de razón a que se refiere el artículo 4.1 CC, «las leyes (...) excepcionales (...) no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas»²⁷.

²⁶ Informe de la Abogada General del Estado de 1 de abril de 2020.

²⁷ Art. 4.2 CC. Como quiera que existe un régimen compensatorio para contratos que *ratione temporis* se rijan por normas de contratación pública más recientes, una extensión del artículo 34 RD-ley 8/2020 a aquellos no supondría hacer «descansar de manera exclusiva» en la



Ahora bien, no puede desconocerse que la «equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas»²⁸, así como que «el escenario actual, excepcional, exige una interpretación teleológica de las medidas a adoptar que debe prevalecer sobre interpretaciones formales»²⁹. En base a esto último no veríamos inconveniente en proyectar el artículo 34 RD-ley 8/2020 a contratos públicos sujetos a normas de contratación pública anteriores a la LCSP-17, el TRLCSP o sus equivalentes.

2) Requisitos

Como requisito general, para que puedan beneficiarse de la compensación paliativa de los efectos del COVID-19, es necesario que el contrato o la concesión estuvieran vigentes el 14 de marzo de 2020, así como que no puedan ejecutarse, total o parcialmente (imposibilidad de ejecución)³⁰, o subsidiariamente, en los contratos de obras, servicios y suministro, que estos

equidad el reconocimiento de una compensación para paliar los efectos del COVID-19.

²⁸ Artículo 3.2 CC.

²⁹ GIMENO FELIU, José María (2020): «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *op. cit.*, pág. 53

³⁰ Como afirma la Abogada General del Estado en su informe de 1 de abril de 2020, «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». «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».



no puedan cumplirse en los plazos contractualmente señalados (*mora debitoris*)³¹.

Para los contratos de obras existen tres requisitos adicionales:

- El contratista principal deberá estar, el 14 de marzo de 2020, al corriente de sus obligaciones con los subcontratistas y suministradores, en los términos previstos en los arts. 216 y 217 LCSP-17; y tanto él como sus subcontratistas y suministradores, al corriente de las obligaciones laborales y sociales. En este punto es indiferente que la causa de pedir sea la imposibilidad de ejecución o la *mora debitoris*.
- Tanto en los supuestos de imposibilidad de ejecución como de *mora debitoris*, el contrato no debe haber perdido su finalidad³².

³¹ Aunque el carácter supletorio de la *mora debitoris* solo se prevé expresamente en el artículo 34.2 RD-ley 8/2020 para los contratos de servicios y suministros, debe entenderse que alcanza también a los de obras. Esta precisión, además, es superflua. Como se verá, la indemnización reconocida a los contratistas de obras es idéntica para los supuestos de imposibilidad de ejecución como de *mora debitoris*. En la práctica, en los contratos de obras, basta invocar cualquiera de los dos presupuestos.

³² Según afirma la Abogada General del Estado en su informe de 1 de abril de 2020, si el contrato hubiera perdido su finalidad el RD-ley 8/2020, «no regula las consecuencias de tal situación, que tampoco está prevista en la LCSP, por lo que cabe aplicar los principios generales: el contrato se extingue (por desaparición de la causa, al devenir su objeto imposible), y el contratista tiene derecho a la liquidación de la prestación realizada».



- Para que pueda invocarse la *mora debitoris* se requiere que, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra», la finalización de la ejecución de la obra estuviera prevista entre la fecha de declaración y alzamiento del estado de alarma³³.

Como requisito especial para los contratos de servicios o suministro en los que se alegue la *mora*

³³ El «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» solo se menciona en el párrafo cuarto del art. 34.3 RD-ley 8/2020. Como plantean PALOMAR y GONZÁLEZ «atendiendo a la redacción literal de los párrafos primero y cuarto del citado apartado 3 [del art. 34 RD-ley 8/2020], se genera una clara confusión sobre si la suspensión de los contratos de obras (...) únicamente será posible de manera limitada para aquellos que (...) de acuerdo con el “programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra” estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo. Es decir, aquellos en los que estaba previsto hacerse próximamente». Estos autores concluyen que no. Para ellos «hay que realizar una interpretación garantista de los derechos de los contratistas en la ejecución de los contratos, más teniendo en cuenta como ha venido señalando la Abogacía General del Estado [en su informe de 23 de marzo de 2020] que “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”. Parece claro, por tanto, que la Administración no ha querido ceñir los efectos a los contratos en la última fase de su ejecución». PALOMAR OLMEDA, Alberto y GONZÁLEZ TORRES, José Daniel (2020): «Alarma en los contratos públicos: suspensión de la ejecución», El Consultor de los Ayuntamientos.



debitoris es necesario que el contrato no haya perdido su finalidad.

Paralelamente a lo anterior, en todos los contratos y concesiones, la causa de la imposibilidad o demora deberá ser un supuesto concreto de fuerza mayor: la pandemia COVID-19 o las medidas adoptadas por el sector público estatal, autonómico o local para combatirla. No es aplicable el concepto de fuerza mayor previsto en los artículos 239 LCSP-17 y 231 TRLCSP.

3) Efectos y consecuencias

Los efectos en el contrato o concesión y las consecuencias en el contratista o concesionario son distintas según el tipo de requisito que lo provoque (imposibilidad de ejecución o *mora debitoris*) y la clase de negocio jurídico en el que operen (contratos de obras, servicios y suministro, por un lado, y concesiones de obras y servicios, por otro).

En la explicación de los efectos y consecuencias partiremos del tipo de requisito (imposibilidad de ejecución o *mora debitoris*), y posteriormente señalaremos las consecuencias específicas para los contratos de obras, servicio y suministro, por un lado, y para las concesiones de obras y servicios, por otro. Vaya por delante que la compensación por *mora debitoris* no está prevista en el RD-ley 8/2020 para las concesiones de obras servicios. Esta produce únicamente efectos en los contratos de obras, servicios y suministro.



3.1) Imposibilidad de ejecución del contrato o concesión

3.1.1. *Efectos de la suspensión en los contratos y concesiones.* La imposibilidad de ejecución de un contrato o concesión tiene como efecto principal la suspensión del mismo. Adicionalmente, produce otro accesorio general (prohibición de resolución y castigo) y un tercero potestativo para los contratos de servicios y suministro (prórroga del contrato). Por lo tanto, los efectos que producen en el contrato o concesión por la imposibilidad de su ejecución son los siguientes:

a) Suspensión

En los contratos de obras y las concesiones de obras y servicios, el contratista o concesionario deberá solicitar la suspensión, y el órgano de contratación tendrá que acordar tanto esta como la reanudación del contrato o concesión³⁴.

En los contratos de servicios y suministros, en cambio, estos deberían quedar en suspenso desde la producción de la situación fáctica que impide su prestación y hasta que esta haya desaparecido. «Para estos contratos de servicios y suministros de tracto sucesivo se incluye expresamente una suspensión “ex

³⁴ El art. 34.4 RD-ley 8/2020 guarda silencio respecto al efecto suspensivo del contrato en las concesiones de obras y servicios. Este efecto, no obstante, debe inferirse de una interpretación finalista del artículo 34 RD-ley. El presupuesto es la «imposibilidad de ejecución del contrato». Además, el propio apartado incluye entre las medidas compensatorias la ampliación del plazo de vigencia.



lege"»³⁵. Por la literalidad del art. 34.1 RD 8/2020, esta tendría que producirse automáticamente. La Abogacía del Estado, no obstante, entiende que debe ser acordada por el órgano de contratación³⁶. Ahora bien, «si el órgano de contratación estima la solicitud del contratista, su acto es meramente declarativo de una suspensión cuyos efectos hay que entender que se retrotraen hasta el momento en el que se produjo el supuesto de hecho»³⁷. En estos contratos, la reanudación de la actividad se producirá cuando hayan cesado las circunstancias o medidas impeditivas, y así se haya notificado por el órgano de contratación³⁸.

³⁵ PALOMAR OLMEDA, Alberto y GONZÁLEZ TORRES, José Daniel (2020): «Alarma en los contratos públicos: suspensión de la ejecución», El Consultor de los Ayuntamientos.

³⁶ La Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado, en su informe de 23 de marzo de 2020, considera «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 (...). En la medida en que existan contratistas que, pese a dicha situación excepcional, consideren que pueden continuar ejecutando adecuadamente el contrato, podrá no operar su suspensión. De ahí que ésta tenga que ser instada por el propio contratista (...). En consecuencia, y pese a la literalidad del párrafo primero [del art. 34 RD-ley 8/2020], la suspensión será acordada por el órgano de contratación (...). Una vez acordada la suspensión, sus efectos serán automáticos y se retrotraerán al momento en el que se produjo la situación de hecho que la originó».

³⁷ Informe de la Abogada General del Estado de 1 de abril de 2020.

³⁸ A juicio de la Abogada General del Estado, «la nueva redacción del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, dada por la disposición final primera, apartado diez, del Real Decreto-ley 11/2020, ha suprimido la referencia al carácter



b) Prohibición de resolver o castigar

La declaración de suspensión del contrato o concesión lleva aparejada la imposibilidad del órgano de contratación de resolverlos en aplicación de los artículos 211.1 d) o f) LCSP-17 y 223 d) TRLCS o 1124 CC³⁹. Aunque no se diga expresamente, este tampoco podrá imponer las penalidades previstas en los artículos 193 y 195 LCSP-17 o 212 TRLCSP o en el clausulado del propio contrato o concesión. En el caso que nos ocupa, sino se puede lo más tampoco debe poderse lo menos.

c) Prórroga legal de los contratos de servicio y suministro

Si fuera necesario, el órgano de contratación podrá prorrogar -hasta un máximo de nueve meses-, aquellos contratos de servicios y suministros de ejecución imposible, en los que como consecuencia de la paralización de los procedimientos administrativos producida por la declaración del estado de alarma, no fuera posible formalizar otro que le sustituya antes de que expirasen. Ello con independencia de que el inicio de la licitación del nuevo contrato se hubiese publicado hace más de tres meses desde la declaración del estado de

“automático” de la suspensión» del artículo 34.1 RL-ley 8/2020 (Informe de 1 de abril de 2020).

³⁹ La prohibición de resolución solo se prevé expresamente para la imposibilidad de ejecución de los contratos de servicios y suministro en el artículo 34.1 RD-ley 8/2020. Cabe entender, no obstante, que es perfectamente extrapolable para los contratos de obras, así como las concesiones de obras y servicios, en base a una interpretación teleológica del precepto.



alarma. Se establece un régimen paralelo y más flexible que el previsto en el artículo 29.4 LCPS-17.

A juicio de la Abogacía del Estado lo escrito en el párrafo anterior también es aplicable a los contratos menores, y ello a pesar de que su plazo máximo es anual y que legalmente se prohíbe su prórroga⁴⁰.

3.1.2 *Consecuencias de la suspensión.* Las consecuencias que operan en el contratista o concesionario, por la suspensión del contrato o concesión, son distintas en función del tipo de negocio jurídico: indemnización para los contratos de obras, servicios y suministro y restablecimiento del equilibrio económico en las concesiones de obras y de servicios.

3.1.2.1 Consecuencias en los contratos de obras, servicios y suministro (indemnización). El contratista de obras, servicios y suministros tendrá derecho al reconocimiento de una indemnización por los daños causados durante la suspensión del contrato. Esta comprenderá los gastos de salarios, garantía definitiva,

⁴⁰ La Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado, en un informe de 23 de marzo de 2020, entiende «las previsiones del artículo 34.2 del Real Decreto-ley 8/2020 resultan aplicables a los contratos menores, y ello por los siguientes motivos: - El artículo 34 de continua referencia no distingue ni excluye expresamente de su ámbito de aplicación a los contratos menores. - El Real Decreto-ley 8/2020 tiene el mismo rango legal que la LCSP, pero constituye una norma singular o excepcional, por el contexto de emergencia sanitaria en el que se dicta, cuyo contenido ha de prevalecer sobre la regulación del artículo 118 de la LCSP».



alquileres y mantenimiento, y póliza de seguro. La extensión de estos conceptos es la siguiente:⁴¹:

a) Salarios

Comprenden los gastos salariales, que «incluirán los relativos a las cotizaciones de la Seguridad Social que correspondiera»⁴², del personal adscrito a la ejecución del contrato el 14 de marzo de 2020, y en el caso de contratos de obras, además, que continúe adscrito cuando se reanude la obra⁴³.

Existen dos reglas especiales, una para los contratos de obras y otra para los de servicios y suministro.

⁴¹ Los conceptos han sido tomados de las reglas que el artículo 208.a) LCSP prevé para el caso de suspensión de contrato por acuerdo de la Administración o por decisión como consecuencia del impago del precio durante cuatro meses. No obstante, no coinciden. Así el contratista no podrá reclamar un 3 por ciento del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión ni una indemnización 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.

⁴² Artículo 34.8 RD-ley 8/2020, añadido por el RD-ley 11/2020.

⁴³ La Subdirección de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado, en un informe de 23 de marzo de 2020, considera improcedente indemnizar los costes salariales abonados por el subcontratista a sus trabajadores. Fundamenta su opinión en que la finalidad del artículo de proteger al contratista que tenga dificultades para poder ejecutar los contratos públicos en este momento así como en el carácter excepcional de la norma no aplicable analógicamente.



- En los contratos de obras, los gastos salariales - tal y como prevé el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021- alcanzarán al salario base, complemento por discapacidad, gratificaciones extraordinarias y vacaciones. Si fuese de aplicación otro convenio colectivo, la compensación se adecuará a los conceptos equivalentes a aquellos.
- En el caso de contratos de servicios y suministro a los que le fuese aplicable a los empleados del contratista el permiso retribuido recuperable previsto por el RD-ley 10/2020, las cantidades percibidas no tendrán la consideración de indemnización sino de entregas a cuenta de la liquidación del contrato.

b) Garantía definitiva

Se refieren a los costes por mantenimiento de la garantía definitiva prevista en el artículo 107 LCSP y 95 TRLCSP.

c) Arrendamiento y mantenimiento

Alcanzan a los costes por arrendamiento y gastos de mantenimiento, en ambos casos, de inmuebles, maquinaria y equipos adscritos a la ejecución del contrato que no puedan ser empleados para otros fines.

d) Póliza de seguro



Se requiere que hubieran sido exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, estuvieran vigentes y vinculadas al objeto del contrato.

En los contratos de servicios y suministros, en caso de suspensión parcial del contrato, la indemnización será proporcional a la parte del contrato que se haya tenido que suspender⁴⁴.

3.1.2.2 Consecuencias en los concesionarios de obras y servicios (restablecimiento del equilibrio económico). El concesionario de obras y servicios no tendrá derecho a una indemnización. En consonancia con el objeto de la concesión -contratos en los que el concesionario adquiere el derecho a explotar una obra o servicio- las consecuencias en el concesionario consistirán en la atribución de la facultad de normalizar la ecuación en que se basa el contrato.

Será de aplicación el mecanismo previsto en los artículos 270 LCSP-17 y 258 TRLCSP y 290 LCSP y 282 TRLCSP para las concesiones de obras y de servicios, respectivamente. Ahora bien, los términos en que se producirá el reequilibrio económico serán los del artículo 34.4 RD-ley 8/2020. En particular debe destacarse lo siguiente:

- Las fórmulas de compensación son las clásicas de la concesión: «la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato»⁴⁵.

⁴⁴ Añadido por el RD-ley 11/2020.

⁴⁵ Art. 34.4 RD-ley 8/2020.



- La principal singularidad es la eliminación del requisito de la ruptura sustancial de la economía del contrato. El art. 34.4 RD-ley es claro: operará «dicho equilibrio en todo caso». Además, esta consecuencia es concorde con la reacción de los poderes públicos a la crisis de la pandemia. Esta es una respuesta no solo sanitaria, sino también jurídica y económica. Como señala GIMENO, el RD-ley 8/2020 articula «un “escudo sanitario, económico y social” eficaz contra el impacto del COVID-19»⁴⁶.

Este mismo autor añade que «no parece probable que en contratos de larga duración como son los concesionales, las medidas frente al COVID-19 puedan tener un impacto tal que supongan la ruptura de la economía del negocio concesional (que implique una transferencia de riesgos, no se olvide). La solución legal adoptada por el Real Decreto Ley es un seguro legislativo a las pérdidas ocasionadas temporalmente en la concesión, haciendo que en este período de estado de alarma no funcione el reparto de riesgos»⁴⁷.

- Finalmente destacar que el real decreto-ley no establece con precisión los criterios para el cálculo que permita ampliar la vigencia de la concesión o modificar su régimen económico. De manera genérica prevé que «dicho equilibrio en todo caso comprenderá 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

⁴⁶ GIMENO FELIU, José María (2020): «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *op. cit.* pág. 42

⁴⁷ *Idem* pág. 48.



efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato»⁴⁸.

En nuestra opinión no está bien solucionada la «cuantificación» del reequilibrio. Una fórmula sería comparar los beneficios o pérdidas, o la tasa interna de reposición (TIR), en cómputo anual entre 2019 y 2020 o mensual entre el primer trimestre y el segundo de 2020. Esta indefinición, probablemente, sea causa de algún pleito. Da la impresión de que el acabado del art. 34.4 RD-ley 8/2020 haya sido realizado por un pintor de brocha gorda.

3.2) *Mora debitoris* en los contratos de obras, servicios y suministro

La imposibilidad de prestar el servicio o entregar el suministro con la cadencia fijada en el contrato conlleva un efecto principal, la posibilidad de prorrogar legalmente del contrato, y otro accesorio, la prohibición de resolver el contrato o imponer penalizaciones. La consecuencia en el contratista será el derecho a una indemnización.

3.2.1 *Efectos en los contratos de obras, servicios y suministro*. Son la prórroga legal del contrato y la prohibición de resolverlo e imponer penalizaciones.

a) Prórroga legal del contrato

⁴⁸ Art. 34.4 párr. 2 RD-ley 8/2020.



El efecto principal de la *mora debitoris* es la ampliación del plazo para terminar la obra, servicio o suministro, siempre que el contratista se comprometa a cumplir los nuevos plazos. El contratista tendrá derecho a la ampliación del plazo final en los contratos de obras, y en los de servicios y suministro, por un tiempo igual al perdido a causa de la pandemia.

b) Prohibición de resolver o castigar

«Una vez acreditado que el retraso no es imputable al contratista sino al COVID-19, el precepto impone *ex lege*, por razones de interés general, la prórroga o ampliación del plazo de ejecución, sin imposición de penalidades al contratista y sin posibilidad de apreciar causa de resolución»⁴⁹.

3.2.2 *Consecuencias en los contratistas de obras, servicios y suministro*. Varían según se trate de contratos de obras y de servicios y suministros.

- Contratos de obras. La consecuencia para el contratista será el reconocimiento de una indemnización. En los contratos de obras esta será la misma que la prevista para los supuestos de imposibilidad de ejecución. Se resarce los gastos salariales, de la garantía definitiva, alquileres y mantenimiento y póliza de seguro. Damos aquí por reproducido lo escrito en el apartado 3.1.2.1.

- Contratos de servicios y suministro. En los contratos de servicios y suministro existe un régimen

⁴⁹ Informe de la Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado, de 23 de marzo de 2020, interpretativo del art. 34.2 RD-ley 8/2020.



especial para la *mora debitoris*. El contratista únicamente tendrá derecho a los gastos salariales adicionales, incluyendo las cotizaciones a la Seguridad Social, con un tope del 10 por ciento del precio inicial del contrato.

4) Procedimiento

La reclamación del derecho a la indemnización o reequilibrio deberá realizarse con sujeción al artículo 34 RD-ley 8/2020. Esta cuestión no es sencilla. El real decreto-ley carece de sistemática en lo que a los aspectos procedimentales se refiere.

El punto de partida debe ser la diferenciación, en un primer momento, de los procedimientos de suspensión o prórroga en función de si existe una imposibilidad de realización de la prestación o de cumplir esta en los plazos previstos (*mora debitoris*). Una vez concedida una u otra, podrá pedirse la compensación económica, ya sea una indemnización o el reequilibrio económico de la concesión.

4.1 Imposibilidad de ejecución del contrato o concesión

Aunque el art. 34 RD-ley 8/2010 solo regula la solicitud de suspensión del contrato o concesión, hay que entender que diseña un procedimiento bifásico para los supuestos de imposibilidad de ejecución. En primer lugar habrá que solicitar la suspensión, y una vez concedida



esta, en el caso de que no fuese posible cuantificar la compensación económica inicialmente, esta se deberá poder cuantificar en un segundo tiempo. Por esta razón distinguimos dos procedimientos.

4.1.1 *Procedimiento de solicitud de suspensión.*

Como se expuso, del art. 34 RD-ley se desprende que deberá mediar una solicitud del contratista o concesionario en la que se demuestren la realidad, efectividad del hecho obstativo, la imputación a la pandemia, y en su caso, la cuantía real o aproximada de los daños y perjuicios compensables.

En los contratos de obras el contratista principal deberá demostrar, adicionalmente, que tanto él como sus subcontratistas y suministradores están al corriente de las obligaciones sociales, y que él cumple con lo dispuesto en artículos 216 y 217 LCSP. Esta última obligación deberá acreditarse de manera fehaciente. También será preciso justificar que la ejecución de la obra no ha perdido su finalidad.

El órgano de contratación, por su parte, tendrá la obligación de comprobar el cumplimiento de los requisitos de la solicitud y resolver en el plazo de cinco días naturales. En este plazo deberá levantar el acta prevista en el artículo 208.2 b) LCSP⁵⁰. La resolución, más que probablemente, solo se referirá a la suspensión del contrato o concesión.

Trascurridos el plazo de cinco días naturales, sin haberse notificado al contratista la compensación, esta deberá entenderse desestimada por silencio

⁵⁰ El art. 34.1 y 3 RD-ley 8/2020 solo declara inaplicable el artículo 208.2 a) LCSP, pero no el art. 208.2 b) y c) LCSP.



administrativo. Para GIMENO «sorprende este silencio negativo, no solo por ser una excepción a la regla, sino porque no se alinea bien esta solución jurídica con el fin del Real Decreto Ley que es dar seguridad jurídica y no perjudicar de forma desproporcionada al contratista»⁵¹. Ello, no obstante, esta desestimación presunta, no evitará la obligación del órgano de contratación de resolver, establecida en el artículo 21.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

Al margen de todo lo anterior, coincidimos con la Abogacía del Estado en que es posible entender que «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»⁵².

4.1.2 Procedimiento de compensación económica.

En un momento posterior a la resolución de suspensión, y en todo caso una vez reanudada la suspensión del contrato o concesión, deberá pedirse la compensación económica.

En los contratos de obras, servicios o suministros el escrito deberá justificar de manera diferenciada los gastos de personal, garantía definitiva y póliza de seguro, y en el caso de los de arrendamientos y

⁵¹ GIMENO FELIU, José María (2020): «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *op. cit.* pág. 46.

⁵² Informe de la Abogada General del Estado de 1 de abril de 2020.



mantenimiento, que estos no han podido emplearse en otros contratos.

El contratista podrá reclamar la compensación económica, ya sea una indemnización o el reequilibrio del contrato, mientras no haya prescrito el derecho del contratista. La regla tradicional es que estas reclamaciones son un incidente del contrato o concesión, y que el *dies a quo* de la prescripción no se produce antes de que termine el contrato por cumplimiento. El plazo para resolver será el general de tres meses previsto por la Ley 39/2015.

Ahora bien, existe una regla especial para los supuestos en los que la compensación derive de la suspensión y el contrato o concesión esté sujeto a la LCSP-17. Su artículo 208.2 c) prevé novedosamente que «el derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato».

Como recuerda la Abogacía del Estado, en los contratos y concesiones, «operará la prescripción del derecho del contratista, en el plazo de un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato»⁵³. Por ello, siempre que no haya prescrito el derecho del contratista o concesionario, «una vez admitida por la Administración la imposibilidad de ejecución, debe presentar una nueva solicitud con la justificación de los daños y perjuicios, que la Administración habrá de resolver en el plazo general de tres meses previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre,

⁵³ Informe de la Abogada General del Estado de 1 de abril de 2020. En él señala que el art. 34.1 y 3 RD-ley no declaran inaplicables el art. 208.2 c) LCSP.



del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas»⁵⁴.

4.2 Mora debitoris en los contratos de obras, servicios y suministros

El real decreto-ley guarda silencio respecto del procedimiento para solicitar la prórroga de los contratos de obras, servicios y suministros en caso de *mora debitoris*. Teniendo en cuenta esto, consideramos que habría que distinguir la solicitud de prórroga de la petición de la compensación económica.

4.2.1 Procedimiento de solicitud de prórroga. «Resulta admisible (...) entender aplicable, a falta de regulación expresa en el artículo 34.2, la regla general del artículo 100 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto a los plazos para presentar esa solicitud de ampliación del plazo de ejecución»⁵⁵. Este prevé que deba solicitarse en el plazo de quince días desde la producción de la causa que origina el retraso.

En la solicitud el contratista deberá justificar la imposibilidad de cumplir los plazos por el COVID-19 y que el contrato no ha perdido su finalidad. También deberá comprometerse a cumplir con el plazo que se le conceda.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Ibidem.*



En los contratos de servicios y suministro, salvo que el contratista ofrezca otro más breve, este no podrá ser inferior al del tiempo perdido.

Adicionalmente, en los contratos de obras, el contratista principal demostrará que tanto él como sus subcontratistas y suministradores están al corriente de las obligaciones sociales y que él cumple con lo dispuesto en artículos 216 y 217 LCSP. Esta última obligación deberá acreditarse de manera fehaciente.

Como regla especial, tratándose de un contrato de servicios o suministro accesorio a una obra, además, el director de obra deberá verificar que el origen del incumplimiento es la pandemia.

4.2.2. *Procedimiento de petición de compensación económica.* La reclamación será diferente en los contratos de obras, de los de suministro y servicios. En los primeros será la misma que para los casos de imposibilidad de ejecución del contrato (salarios, garantía definitiva, alquileres y mantenimiento, y póliza de seguro). En cambio en los segundos deberá limitarse a los gastos salariales adicional con un límite del 10 por ciento del precio inicial del contrato.

Al tratarse de un incidente contractual, su reclamación podrá realizarse durante la vida del contrato y mientras no haya prescrito el derecho a reclamar, el cual no podrá comenzar antes de la terminación del contrato.



IV. EL TIEMPO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En los contratos administrativos el tiempo es un elemento esencial. Por ello el incumplimiento del plazo, tanto del total como de los parciales, permite resolver el contrato e imponer penalidades. En la actualidad el art. 211.1 d) LCSP-17 contempla «la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista» como causa de resolución del contrato, y los arts. 193 y 195 LCSP-17 la posibilidad de imponer penalidades.

Esta previsión «rinde tributo a una larga tradición histórica en la que el incumplimiento de los plazos por el contratista se ha configurado siempre como causa específica de la extinción anticipada del contrato, a la par que evidencia la importancia del tiempo en el cumplimiento de todo contrato»⁵⁶.

Recientemente, además, la temporalidad de la contratación pública también se enfoca, por influencia del derecho comunitario, en la salvaguardia del orden concurrencial y la eficiente asignación de los recursos públicos. «La protección de la competencia supone que las reglas de adjudicación de contratos no sólo aseguran un buen uso de los recursos públicos, sino que son verdaderas garantías de los intereses de los licitadores en los procedimientos de adjudicación»⁵⁷.

⁵⁶ BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción (2007): La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista, *Lex Nova*, Valladolid, pág. 62.

⁵⁷ DÍAZ SASTRE, Silvia (2012): *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, op. cit. pág. 39.



V. PRÓRROGA LEGAL DE DETERMINADOS CONTRATOS VINCULADOS CON EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DURANTE LA PANDEMIA

Junto con la posibilidad de compensar económicamente la perturbación del normal desenvolvimiento de un número significativo de contratos públicos, el RD-ley 8/2020, tras ser modificado por el RD-ley 11/2020, facilita la continuidad de otros tantos que considera esenciales para el mantenimiento de los servicios públicos.

En estos contratos se permite la prórroga legal, hasta por un período de nueve meses, siempre que como consecuencia de la paralización de los procedimientos administrativos producida por la declaración del estado de alarma no fuera posible formalizar otro que le sustituya antes de que expirasen aquellos.

Supone un principio de excepción a la necesidad de prever contractualmente la prórroga del contrato (art. 35.1 g LCSP-17 y 26.1 g TRLCSP), así como a la jurisprudencia comunitaria que considera contrario a los principios de transparencia e igualdad de trato la prórroga legal de los contratos introducida después del inicio del procedimiento de adjudicación⁵⁸.

⁵⁸ Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), desde la sentencia *Succhi di Frutta* de 29 de abril de 2004 (TJCE 2004, 125), debe entenderse que una prolongación de un contrato no prevista en el mismo de manera clara, precisa e inequívoca es contraria a los principios de transparencia e



Nos estamos refiriendo a los contratos excluidos del ámbito de aplicación de la compensación económica del artículo 34 RD-ley 8/2020, enumerados en el tercer epígrafe. Son los siguientes.

- Contratos de servicios o suministro sanitario, farmacéutico o de otra índole, cuyo objeto esté vinculado con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19.
- Contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.
- Contratos de servicios o suministro necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte.
- Contratos adjudicados por aquellas entidades públicas que coticen en mercados oficiales y no obtengan ingresos de los Presupuestos Generales del Estado.

Mención especial merece el cierre de edificios. El art. 34.6 RD-ley 8/2020 permite la suspensión parcial de contratos de seguridad y limpieza, con consecuente prórroga legal limitada a aquellos edificios cuya apertura fuese necesaria para el funcionamiento de los servicios públicos esenciales. Tras el RD-ley 11/2020, «la nueva

igualdad de trato. Por ello una prórroga no prevista, legal o contractualmente cuando se licitó al contrato, equivale a una nueva adjudicación del mismo. Así lo entendió, entre otras, en la STJUE Comisión contra Italia de 13 de septiembre de 2007 (TJCE 2007, 232). Además, como viene señalando el TJUE, entre otras en la famosa sentencia *Stadt Halle* de 11 de febrero de 2005 (TJCE 2005, 1), todo contrato celebrado mediante adjudicación directa ilegal debe considerarse sin efectos porque constituye «la infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos» (parágrafo 37).



redacción del artículo 34.6 del Real Decreto-ley 8/2020 da respuesta expresa a un problema práctico que se estaba suscitando con frecuencia, relativo al cierre, por los efectos derivados del Covid19, de los edificios públicos en los que se venían prestando determinados contratos de servicios (limpieza, vigilancia y seguridad...) cuya suspensión se impedía expresamente»⁵⁹.

V. CONCLUSIÓN

La irrupción del COVID-19 en el primer trimestre del siglo XXI ha dado lugar a la aprobación de una batería de medidas, de índole sanitaria, jurídica y económica. Estas han puesto de manifiesto que desde el Estado de derecho se puede combatir una crisis sanitaria que ha paralizado buena parte del planeta.

En el ámbito de la contratación pública se han dictado disposiciones que han permitido constatar, como en situaciones excepcionales, los principios que rigen la contratación pública deben adecuarse para que los contratos y las concesiones sean herramientas eficaces y útiles para la realización de las políticas públicas.

En este sentido en las páginas precedentes se ha analizado la manera en que se han modulado dos principios y reglas de la contratación pública, los de riesgo y ventura y temporalidad de los contratos. Así, por un lado, se ha ampliado el ámbito de aplicación de la fuerza mayor -como excepción del principio de riesgo y ventura- para permitir que los contratistas y concesionarios pudieran percibir una compensación

⁵⁹ Informe Abogada General del Estado de 1 de abril de 2020.



económica que paliase los efectos negativos que la pandemia iba a producir en sus contratos. Por otro lado, se ha flexibilizado la prohibición de prorrogar contratos cuya ampliación no estuviese prevista *ab initio* con el fin de garantizar el funcionamiento de los servicios públicos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968): *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción (2007): *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, Valladolid

BERMEJO LATRE, José Luis (2009): voz «riesgo y ventura del contratista» en *Diccionario de contratación pública* (dir. BERMEJO VERA, José), Iustel, Madrid

DÍAZ SASTRE, Silvia (2012): *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1950): «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 2

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (1995): *Curso de derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 7ª ed.



GIMENO FELIU, José María (2020): «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87

PALOMAR OLMEDA, Alberto y GONZÁLEZ TORRES, José Daniel (2020): «Alarma en los contratos públicos: suspensión de la ejecución», *El Consultor de los Ayuntamientos*

MANENT ALONSO, Luis (2018): «Los contratos de concesión de obras y servicios», en *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos* (MESTRE DELGADO, Juan Francisco y MANENT ALONSO, Luis, dirs.), Tirant lo Blach, Valencia

MESTRE DELGADO, Juan Francisco (1992): *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, Madrid, pág. 59.