

MEDIDAS COMPENSATORIAS EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA DERIVADAS DEL REAL DECRETO-LEY 8/2020, DE 17 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EXTRAORDINARIAS PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-19

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (el “RDL”), aprobado ayer, contiene- además de determinadas medidas de índole económico, financiero y laboral, ciertas medidas referentes a la contratación pública.

En particular, en su artículo 34 se establecen ciertas medidas para paliar las consecuencias del COVID-19 en el marco de los contratos públicos (incluyendo contratos de servicios, suministro, obra y de concesiones) y que resumimos brevemente a continuación.

1. **Exclusiones:** Antes de considerar las medidas de flexibilización, prórroga y compensaciones del RDL, debemos recordar que existen determinados **contratos excluidos** de estas medidas. En especial, lo previsto en los apartados 1 y 2 del artículo 34 del RDL **no será de aplicación en ningún caso** 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.

2. **Suspensión de los contratos:** Los contratos públicos de servicios y de suministros de **prestación sucesiva**, vigentes a la entrada en vigor del RD, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, **cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado**, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, **quedarán automáticamente suspendidos** desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse. A estos efectos, se entenderá que la prestación puede reanudarse cuando, habiendo cesado las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notificara al contratista el fin de la suspensión.

Debe tener en cuenta que:

- (a) estas medidas sólo afectan a los contratos de servicios y de suministros **de prestación sucesiva**
- (b) no sólo se trata en este caso de imposibilidad de cumplimiento por el COVID-19 sino también por las medidas adoptadas por el Estado o la Administración Local, por lo que aquí se incluirían los cierres, las restricciones de movimiento, falta de aprovisionamiento, etc.
- (c) Hay que considerar igualmente que el listado de actividades que quedan suspendidas conforme al RD 463/2020 están limitadas (lo que complica la justificación del impacto)
- (d) La suspensión es **AUTOMÁTICA**.

3. **Posibilidad de reclamar daños y perjuicios:** Cuando con arreglo a lo dispuesto en el párrafo anterior, la ejecución de un contrato público quedará en suspenso, 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.

En este sentido, el RDL especifica que los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado serán **únicamente** los siguientes:

- 1.º Los gastos salariales que efectivamente hubiera abonado el contratista al personal que figurara adscrito con fecha 14 de marzo de 2020 a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión.
- 2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
- 3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos relativos al periodo de suspensión del contrato, adscritos directamente a la ejecución del contrato, siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos durante la suspensión del contrato.
- 4.º 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.

Una cuestión importante a tener en cuenta es que el derecho a reclamar el daño y perjuicio **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.

4. **Contenido de la notificación de suspensión:** Conforme al RDL, el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando:
- (a) las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible;
 - (b) el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y
 - (c) los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.

Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

A este respecto, hay que tener en cuenta que se trata de una información muy exhaustiva (especialmente lo dispuesto en el apartado (b) anterior) por lo que hay que movilizar rápidamente esa información para completar la notificación de la suspensión.

5. **Prórroga por imposibilidad de firma del nuevo contrato:** Conforme al RDL, en aquellos contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuando al vencimiento de un contrato **no se hubiera formalizado el nuevo contrato** que garantice la continuidad de la prestación como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación, y no pudiera formalizarse el correspondiente nuevo contrato, podrá aplicarse lo previsto en el último párrafo del artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con independencia de la fecha de publicación de la licitación de dicho nuevo expediente.
6. **Demora en el cumplimiento:** En los contratos públicos de servicios y de suministro **distintos de los referidos en los apartados anteriores (i.e. que no sean de prestación sucesiva)**, vigentes a la entrada en vigor del RDL, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, **siempre y cuando éstos 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 las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, y el mismo ofrezca el cumplimiento de sus compromisos si se le **amplía el plazo inicial o la prórroga en curso**, el órgano de contratación se lo concederá, dándole un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro menor.

El órgano de contratación **le concederá al contratista la ampliación del plazo, previo informe del Director de obra del contrato, donde se determine que el retraso no es por causa imputable al contratista**, sino que se ha producido como consecuencia del COVID-19 en los términos indicados en el párrafo anterior. En estos casos no procederá la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.

En resumen:

- (a) **Las medidas de prórroga del contrato o ampliación del plazo sólo se aplican a contratos que no sean de prestación sucesiva;**
- (b) **El contrato no debe haber perdido su finalidad (es decir, que el suministro o servicio siga siendo oportuno);**
- (c) **Para solicitar la prórroga deberá disponer de un informe del director de obra justificando que el retraso no es imputable al contratista;**
- (d) **No se impondrán penalidades ni resolución del contrato por este motivo.**

7. **Indemnización en contratos de servicio (no sucesivos):** Los contratistas (en contratos que no sean de prestación sucesiva) que demuestran una demora no imputable a ellos, tendrán derecho al **abono de los gastos salariales adicionales** en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, hasta un **límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato**. Solo se procederá a dicho abono **previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía por el contratista de dichos gastos**.
8. **Suspensión en contratos de obra:** En los **contratos públicos de obra**, vigentes a la entrada en vigor del RDL, que celebren las entidades pertenecientes al Sector Público, **siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad** como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, y cuando esta situación 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.

Una cuestión importante a tener en cuenta es 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.

9. **Contenido de la notificación de suspensión del contrato de obra:** Conforme al RDL, el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando:
- (a) las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible;
 - (b) el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y
 - (c) los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.

Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

A este respecto, hay que tener en cuenta que se trata de una información muy exhaustiva (especialmente lo dispuesto en el apartado (b) anterior) por lo que hay que movilizar rápidamente esa información para completar la notificación de la suspensión.

MUY RELEVANTE: La suspensión **sólo** será de aplicación a aquellos contratos en los que, de acuerdo con el «programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra» **estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el período que dure el mismo**, y como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado no pueda tener lugar la entrega de la obra. En estos casos, el contratista podrá solicitar una prórroga en el plazo de entrega final siempre y cuando ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le amplía el plazo inicial.

10. **Indemnización por retrasos en contratos de obra:** Conforme al RDL, el contratista podrá ser indemnizado (una vez acordada la suspensión) por los siguientes conceptos:

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

Los gastos salariales a abonar, siguiendo el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021, publicado el 26 de septiembre de 2017, o convenios equivalentes pactados en otros ámbitos de la negociación colectiva, **serán el salario base** referido en el artículo 47.2.a del convenio colectivo del sector de la construcción, el complemento por discapacidad del artículo 47.2.b del referido convenio, **y las gratificaciones extraordinarias** del artículo 47.2.b, y **la retribución de vacaciones, o sus conceptos equivalentes** respectivos pactados en otros convenios colectivos del sector de la construcción.

Los gastos deberán corresponder al personal indicado que estuviera adscrito a la ejecución antes del 14 de marzo y continúa adscrito cuando se reanude.

- 2.º Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
- 3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al coste de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.
- 4.º 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.
11. **Requisitos adicionales para solicitar la indemnización:** Conforme al RDL, el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios **únicamente** tendrá lugar cuando el contratista adjudicatario principal **acredite fehacientemente** que se cumplen las siguientes condiciones:
 - Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran **al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales**, a fecha 14 de marzo de 2020.
 - Que el contratista principal estuviera **al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores** en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, a fecha 14 de marzo de 2020.
12. **Prorroga o reequilibrio en contratos de concesión:** Conforme al RDL, en los contratos públicos de **concesión de obras y de concesión de servicios** vigentes a la entrada en vigor del RDL, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán **derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante**, según proceda en cada caso:
 - (a) la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100; o
 - (b) la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

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

Una cuestión importante a tener en cuenta es que el reequilibrio SOLO PROCEDERÁ cuando el órgano de contratación, **A INSTANCIA DEL CONTRATISTA** hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución/necesidad de reequilibrio.

MUY RELEVANTE: Lo dispuesto en este artículo también será de aplicación a los contratos, vigentes a la entrada en vigor del RDL, celebrados por entidades del sector público con sujeción a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales o 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.

Cazorla Abogados SLP©

La presente Nota Informativa no supone un análisis detallado ni exhaustivo del conjunto de disposiciones de la norma analizada sino que pretende únicamente proporcionar un resumen de las principales cuestiones que afectan al área de contratación público. Por lo tanto, el contenido de esta Nota Informativa no puede ser considerado en ningún caso como un asesoramiento legal ni una recomendación de actuación y Cazorla Abogados SLP no acepta ninguna responsabilidad derivada del uso que se haga de la presente Nota Informativa