

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, aprobado por el Gobierno de España, fue declarado el estado de alarma en todo el territorio nacional, adoptándose a tal efecto, una serie de medidas de carácter extraordinario con el fin de afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por el coronavirus (en adelante, “**COVID-19**”).

Ahora bien, entre las medidas que en el mismo fueron acordadas, no se contenían una previsión directa ni taxativa referida a la contratación del Sector Público, aun cuando era previsible el riesgo de que se produjera una imposibilidad, parcial o total y de carácter sobrevenida, de la ejecución de los contratos y de la prestación de las obligaciones fijadas en estos. De esta forma es previsible, por ejemplo, que la ejecución de un contrato puede verse perturbado por la imposibilidad del contratista de aportar el personal suficiente o la de obtener los suministros necesarios para garantizar la prestación objeto de contratación.

Estos escenarios pueden suponer una evidente colisión con los principios de la autonomía de la voluntad y de “pacta sunt servanda”, en virtud de los cuales, las partes pueden establecer libremente, los pactos, cláusulas y condiciones que tienen por conveniente, y en consecuencia, tienen la obligación de ejecutar el contrato conforme a lo pactado, sin que puedan disponer libre y unilateralmente del mismo. Además, cabe recordar que, con carácter general, en la contratación administrativa rige el principio de riesgo y ventura del contratista, es decir, es el contratista el que debe asumir la aleatoriedad de los resultados económicos del contrato durante su ejecución.

No obstante, ante la inseguridad jurídica que en materia de contratación pública se había generado tanto para las entidades contratantes como para los diversos contratistas, en fecha 17 de marzo, ha sido aprobado 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. Entre las medidas adoptadas en el citado Real Decreto-ley 8/2020, se prevén, en su artículo 34, aquellas referidas a la contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19.

En razón de lo anterior, se analiza a continuación una serie de medidas que pueden ser adoptadas en el marco contractual, tanto por el órgano de contratación como por el contratista, a fin de evitar situaciones de incumplimiento contractual, con el consiguiente perjuicio para este último.

2. MEDIDAS DE ORDEN CONTRACTUAL

La citada inmutabilidad de los contratos administrativos queda excepcionada, entre otras, por la facultad de modificación contractual que es atribuida a la Administración

Pública (“ius variandi”) o por la adopción de medidas administrativas generales que suponen una alteración indirecta de la prestación contratada, sin mediar modificación, esto es, medidas que inciden sobre el contrato haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste (“factum principis”). Asimismo, pueden producirse hechos sobrevenidos que alteran la prestación contractual, sin ser imputable a ninguna de las partes, y que son reconducibles a los supuestos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Ante estas circunstancias, es necesario el acuerdo de medidas por parte de los órganos de contratación, y en su caso, previa instancia del contratista..

2.1. Por parte de la Administración

Conforme al artículo 190 de la LCSP, los órganos de contratación son quienes ostentan la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta. Se trata, por tanto, de situar en manos de una de las partes, la Administración, la determinación de la vida del contrato en razón a la justificación de orden público que subyace en la propia contratación administrativa.

Así pues, ante la situación inicialmente descrita, entre las posibles medidas que pueden ser adoptadas por los órganos de contratación, se encuentran la modificación de los contratos o la suspensión temporal de los mismos con el fin de adecuar la realización de éstos a la situación excepcional actual.

En este sentido, abordamos a continuación ambas posibilidades en aplicación de lo dispuesto tanto en la normativa de contratación pública como conforme a lo establecido por el Real Decreto-ley 8/2020 recientemente aprobado.

A tal efecto, cabe señalar que, en lo que la interpretación que se realiza de dicho Real Decreto-ley 8/2020, parte desde la oscuridad en la redacción dada por el legislador en lo que se refiere a las medidas en materia de contratación pública, quizás, ante la premura de su aprobación, así como tras la realización una interpretación tal vez garantista de los derechos de los contratistas en la ejecución de los contratos. Por lo tanto, lo que a continuación se detalla lo es sin perjuicio de las diversas interpretaciones que puedan ser llevadas a cabo por las instituciones y órganos consultivos, así como las efectuadas por los diferentes órganos de contratación en cada supuesto.

2.1.1. Suspensión temporal de los contratos

En lo que se refiere a la **suspensión temporal de los contratos de obras**, y tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2020, debemos diferenciar entre dos regímenes:

- i) El previsto por el propio Real Decreto-ley 8/2020. Dicho régimen que, a continuación se expondrá, será de aplicación para aquellos contratos que cumplan una serie de condiciones previstas en el apartado 3 del artículo 34, del citado Real Decreto-ley.

- ii) El régimen establecido, con carácter general, en la propia LCSP (artículo 208). Éste será de aplicación para el resto de contratos de obras en lo que no se den los requisitos establecidos en el propio artículo 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020.

A continuación desarrollamos los citados regímenes en lo que se refiere a la suspensión de las obras.

A. Artículo 34.3 del Real Decreto-Ley 8/2020. Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19

Cuando por consecuencia del COVID-19 o por las medidas adoptadas por el Estado, la ejecución del contrato se vea imposibilitada de forma parcial o total, el órgano de contratación podrá acordar, previa solicitud del contratista y siempre que aprecie tales circunstancias, la suspensión de los contratos en los términos del artículo 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020.

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

Para ello, deben darse las siguientes circunstancias:

- i) Que la ejecución de la prestación objeto de contratación no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 o por las medidas adoptadas por el Estado.
- ii) Que esta situación genere la imposibilidad de continuar la ejecución del contrato.
- iii) Debe de solicitarse de manera previa por el contratista. Y en la aplicación de lo dispuesto en este apartado tercero, 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.

Para ello, 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 desestimada por silencio administrativo.

En estos supuestos de suspensión temporal, la entidad pública que adjudicó el contrato deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión del contrato. Ahora bien, el abono de estos daños y perjuicios solo comprenderá los conceptos que se citan a continuación (sin que resulte de aplicación lo previsto en el apartado 2.a) del artículo 208 de la LCSP, ni en el artículo 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 – TRLCSP-):

- 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.

A tal fin, deberá de extenderse un acta, de oficio o a solicitud del contratista, en la que se consignarán las circunstancias que la han motivado y la situación de hecho en la ejecución de aquél, a los efectos de acreditar los sobrecostes incurridos.

En este sentido, dicha documentación, esto es, la orden de suspensión y el acta del estado de la obra, se convierten por lo tanto, en dos instrumentos esenciales para la acreditación del daño.

El reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios antes señalado, únicamente tendrá lugar cuando el contratista

adjudicatario principal acredite fehacientemente que se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estuvieran al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020.
- b) Que el contratista principal estuviera al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en los artículos 216 y 217 de la LCSP, a fecha 14 de marzo de 2020.

B. Régimen general. Artículo 208 de la LCSP. Suspensión de los contratos.

En caso de no cumplirse los anteriores requisitos y circunstancias que se han detallado, será de aplicación en cuanto a la prerrogativa de suspensión el régimen general establecido en el artículo 208 de la LCSP.

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

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2º del citado artículo 208, acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por este con sujeción a las siguientes reglas¹:

- a) Salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá, siempre que en los puntos 1.º a 4.º se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe, los siguientes conceptos:
 - 1.º Gastos por mantenimiento de la garantía definitiva.
 - 2.º Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión.
 - 3.º Gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión.
 - 4.º 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.

¹ La actual LCSP ha venido a establecer una regulación mucho más amplia que en el anterior TRLCSP.

5.º Un 3 por 100 del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato.

6.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista previstos en el pliego de cláusulas administrativas vinculados al objeto del contrato.

- b) Solo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en la correspondiente acta. El contratista podrá pedir que se extienda dicha acta. Si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud.
- c) El derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato.

2.1.2. Modificación de la prestación contractual

Igualmente, cabría la **modificación de la prestación contractual** como consecuencia de la alteración de las condiciones de la misma. Y ello, habida cuenta de la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato (artículo 205.2. b) de la LCSP).

En particular, respecto al **contrato de obras**, entre las modificaciones contractuales posibles se encuentre la ampliación del plazo contractual conforme a lo previsto en el apartado 3 del artículo 34, del Real Decreto-ley 8/2020.

Lo dispuesto en este apartado será de aplicación a aquellos contratos en los que, de acuerdo con el “*programa de desarrollo de los trabajos o plan de obra*” estuviese prevista la finalización de su plazo de ejecución entre el 14 de marzo, fecha de inicio del estado de alarma, y durante el 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 la suspensión del contrato o bien 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.

Los conceptos indemnizables a favor de los contratistas son los anteriormente señalados para los casos de suspensión temporal del contrato. Además, para el reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios deberá acreditarse las anteriores condiciones indicadas.

Al igual que en la suspensión temporal, resulta conveniente la extensión de la correspondiente acta donde se recoja tal circunstancia y los motivos que fundamenta dicho incremento de plazo contractual.

Por su parte, en lo que se refiere a los **contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios** vigentes a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2020, que hayan celebrado las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la LCSP, los concesionarios podrán solicitar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Para ello, según lo establecido en el artículo 34.4 del citado Real Decreto-ley 8/2020, será necesario:

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

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.

Únicamente, se procederá a dicha compensación previa solicitud a instancia del contratista, y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

Como en los anteriores casos, resultará necesaria la extensión de la correspondiente acta en el que se recojan todas estas cuestiones

2.2. Por parte del contratista

De acuerdo con lo señalado, las anteriores medidas deben ser adoptadas de manera expresa por parte de los órganos de contratación. En caso contrario, el contratista podría enfrentarse ante situaciones de incumplimiento contractual y en consecuencia, de expediente/s de imposición de penalidades que pueden llegar incluso a la resolución contractual.

Es por ello que, el objetivo inmediato, detectadas las dificultades de cumplimiento, es poner en conocimiento del órgano de contratación las mismas a fin de que se adopten las correspondientes medidas correctivas conforme a lo establecido en el Real Decreto-ley 8/2020, o bien al régimen establecido en la normativa básica de contratación administrativa.

En este sentido, el artículo 97 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, "RGLCAP"), en relación a la **resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos**, establece que cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato por diferencias en la interpretación de lo convenido o por la necesidad de modificar las condiciones contractuales, se tramitarán mediante expediente contradictorio, que comprenderá preceptivamente las actuaciones siguientes:

1. Propuesta de la Administración o petición del contratista.
2. Audiencia del contratista e informe del servicio competente a evacuar en ambos casos en un plazo de cinco días hábiles.
3. Informe, en su caso, de la Asesoría Jurídica y de la Intervención, a evacuar en el mismo plazo anterior.
4. Resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y subsiguiente notificación al contratista.

En este sentido, debería incluso justificarse la existencia de intereses públicos a fin que durante la tramitación de dichas incidencias se ordene la paralización del contrato.

Asimismo, y en relación con lo señalado del artículo 34 del meritado Real Decreto-ley 8/2020, el artículo 100 del RGLCAP, prevé el **supuesto de petición de prórroga del plazo de ejecución**. Así, se dispone que la petición de prórroga por parte del contratista deberá tener lugar en un plazo máximo de quince días desde aquél en que se produzca la causa originaria del retraso, alegando las razones por las que estime que no le es imputable y señalando el tiempo probable de su duración, a los efectos de que la Entidad pública pueda oportunamente, y siempre antes de la terminación del plazo de ejecución del contrato, resolver sobre la prórroga del mismo, sin perjuicio de que una vez desaparecida la causa se reajuste el plazo prorrogado al tiempo realmente perdido.

Incluso añade dicho precepto que si la petición del contratista se formulara en el último mes de ejecución del contrato, la Entidad pública deberá resolver sobre dicha petición antes de los quince días siguientes a la terminación del mismo. Durante este plazo de quince días, no podrá continuar la ejecución del contrato, el cual se considerará extinguido el día en que expiraba el plazo previsto si la Entidad pública denegara la prórroga solicitada, o no resolviera sobre ella.

Y de manera especial en los contratos de obra, el artículo 146 del RLCAP, relativo al **procedimiento en casos de fuerza mayor**, dispone que el contratista que estimare que concurre la aplicación de alguno de los casos de fuerza mayor de la LCSP, presentará la oportuna comunicación al director de la obra en el plazo de veinte días, contados desde la fecha final del acontecimiento, manifestando los fundamentos en que se apoya, los medios que haya empleado para contrarrestar sus efectos y la naturaleza, entidad e importe estimado de los daños sufridos.

Así, el director de la obra comprobará seguidamente sobre el terreno la realidad de los hechos, y previa toma de los datos necesarios y de las informaciones pertinentes, procederá a la valoración de los daños causados, efectuando propuesta sobre la existencia de la causa alegada, de su relación con los perjuicios ocasionados y, en definitiva, sobre la procedencia o no de indemnización.

3. CONCLUSIÓN

- Si la ejecución del contrato ha sido perturbada, como consecuencia de los hechos sobrevenidos provocados por el COVID-19 o de las medidas adoptadas para la contención del mismo, imposibilitando su ejecución total o parcial, ha de instarse de manera inmediata al órgano de contratación, la aplicación de mecanismos de suspensión temporal o de modificación, por ejemplo, del plazo contractual, que permitan asegurar la ejecución del contrato en óptimas condiciones, conforme a lo establecido en el Real Decreto-ley 8/2020.
- En caso contrario, es decir por no reunirse los requisitos y circunstancias previstas en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, resultará de aplicación el régimen general previsto en la normativa contractual pública, esto es, en la LCSP, así como en el RGLCAP.
- Y lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar otras acciones de protección al contratista que el Ordenamiento Jurídico ofrece. Así, a título de ejemplo, cabe recordar que ante situaciones de fuerza mayor que conlleven la alteración indirecta de la prestación contratada, sin que se haya decretado la suspensión temporal o modificación contractual por no haber sido apreciada por el órgano de contratación, cabría solicitar, en su caso, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato por aplicación del “*factum principis*” o el riesgo imprevisible tal y como ha sido expuesto.

Si desea más información sobre este tema o cualquier otro asunto relacionado, puede ponerse en contacto con el equipo de profesionales de BROSETA (info@broseta.com; 96 392 10 06).



Madrid. Goya, 29. 28001. T. +34 914 323 144

Valencia. Pascual y Genís, 5. 46002. T. +34 963 921 006

Lisboa. Av. António Augusto Aguiar, 15. 1050-012. T. +351 300 509 035

Zúrich. Schützengasse 4, 8001. T. +41 44 520 81 03

Firma miembro de la [Red Legal Iberoamericana](#)



Aviso legal

Esta publicación tiene carácter meramente informativo. La recepción de la misma no pretende crear ni implica una relación abogado / cliente. Si no desea recibir información de BROSETA, por favor, envíe un correo a mogueras@broseta.com, indicando en el asunto BAJA INFO PÚBLICO.

© BROSETA 2020. Todos los derechos reservados.

