



ASUNTO: Estado de Alarma

Contratos públicos de carreteras e interpretación de la Abogacía del Estado del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020.

Estimado/a asociado/a:

Se adjunta el informe de la **Abogacía General del Estado** relativo a la consulta de la **Dirección General de Carreteras** sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

El Real Decreto-ley 8/2020 (enviado el 18/03/2020), establece en su artículo 34 una serie de medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19. En el presente informe se tratan, de forma sistemática, las siguientes cuestiones sobre su interpretación y aplicación:

Primero.- Aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020

El artículo el artículo 34 del RDL 8/2020 ha regulado de modo general los efectos que legalmente se producen para los contratos del sector público como consecuencia del Covid-19.

Los derechos reconocidos en las leyes a las empresas contratistas por el Covid-19 son los previstos en el artículo 34 del RDL 8/2020, que es **norma especial y se aplica con preferencia** a la legislación ordinaria de contratos públicos.

Por tanto, la **legislación ordinaria de contratos públicos** solo será aplicable para resolver una incidencia contractual relacionada con el Covid-19 cuando no se oponga al RDL 8/2020 y a los principios que lo inspiran.

Segundo.- Contratos de servicios de prestación sucesiva

Sería el caso, por ejemplo, de los **contratos de conservación de carreteras**.

Para este tipo de contratos, el artículo 34.1 del RDL 8/2020 prevé dos posibilidades:

- a) Que **la ejecución no sea "imposible"**.

En tal caso, la **ejecución** del contrato sigue siendo **obligatoria** para el contratista.

Al continuar el contrato, y como consecuencia de las medidas generales adoptadas en el estado de alarma (distancia mínima entre personas, etc.), su ejecución puede verse alterada; pero los inconvenientes o perjuicios que se deriven de ello para la empresa contratista **no son resarcibles por la Administración contratante**.

Lo anterior se justifica porque ese resarcimiento no está previsto en el RDL 8/2020 y porque tales inconvenientes o perjuicios derivan de medidas generales adoptadas por el Gobierno en una situación excepcional y que todos deben legalmente soportar en la medida en que a cada uno afectan.

b) Que **la ejecución sea "imposible"**.

La **imposibilidad de ejecutar** el contrato es una **cuestión de hecho**, que corresponde apreciar primeramente a la Administración contratante; sin perjuicio de que su apreciación sea revisable por los Tribunales. Supone la **inviabilidad absoluta** de ejecutar el contrato; lo que no sucede cuando este pueda continuar, aunque, debido al estado de alarma, varíe el modo en que puede ejecutarse.

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

Cuando, por razón del Covid-19, el contratista considere "imposible" ejecutar el contrato, debe dirigir al órgano de contratación una **instancia**.

Si el órgano de contratación estima la solicitud del contratista, su **acto** es **meramente declarativo de una suspensión** que ya existe legalmente "desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación".

Es decir, el contratista **no podría ser penalizado ni incurriría en responsabilidad** por el periodo de suspensión que hubiera existido antes de esa declaración en la que el órgano de contratación reconoce la imposibilidad.

En otro caso, si el órgano de contratación considera que no es imposible ejecutar el contrato, **denegará** la solicitud del contratista; sin perjuicio de los recursos que este pueda promover contra tal decisión.

Para que pueda tramitarse, la solicitud del contratista debe incluir la **justificación** y la información siguiente: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.

Si pasan "cinco días naturales" sin que el órgano de contratación dicte resolución expresa, "esta deberá entenderse desestimatoria": **silencio negativo**.

Pese al empleo del "deberá" parece que el órgano de contratación podría resolver pasado el plazo de cinco días naturales y hacerlo en sentido estimatorio; conforme a las reglas generales sobre actos presuntos en el procedimiento administrativo.

Al estimar su solicitud, se reconoce al contratista el derecho a ser **indemnizado**, si bien "únicamente" por los conceptos que menciona en la redacción del RDL 11/2020, que ha incluido entre los gastos salariales las cotizaciones sociales.

Con base en una interpretación "a sensu contrario", sí cabe entender aplicables los apartados b) y c) del artículo 208.2 de la LCSP, que se refieren a:

- La necesidad de levantar un **acta de suspensión** como requisito para la indemnización.

- La **prescripción del derecho del contratista**: el derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato.

La indemnización se reconoce y abona al contratista previa **acreditación** fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía de los daños.

Lo anterior supone que el contratista, una vez que el órgano de contratación dicta el acto que estima la imposibilidad de ejecución, debe presentar una **nueva solicitud** con la **justificación** de los daños y perjuicios.

Esa nueva solicitud puede presentarla el contratista al **finalizar** el período de suspensión, pero también serían admisibles **solicitudes parciales** de abono de los daños que se vayan produciendo, siempre que en cada una de ellas pueda ya acreditarse su realidad, efectividad y cuantía.

El órgano de contratación dispone del **plazo general de tres meses para resolver** esa solicitud de justificación de los daños y perjuicios, por aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Pese a que el artículo 34.1 del RDL 8/2020 no lo regule expresamente, entiende que el órgano de contratación conserva la **prerrogativa de suspender de oficio** el contrato: si aprecia que, por el Covid-19, es "imposible" ejecutarlo, y aunque el contratista no lo solicite, puede ordenar la suspensión con los efectos del artículo 34.1 del RDL 8/2020.

Por otra parte, la imposibilidad podría ser **parcial**, si afectara de manera completa a una parte diferenciada del contrato (la nueva redacción dada al artículo 34.1 del RDL 8/2020 por el RDL 11/2020 alude expresamente a la posibilidad de "suspensión parcial").

Un ejemplo de lo anterior podría ocurrir en un contrato de conservación de carreteras que (como es usual) comprende **varios tramos**, si resulta que un tramo es imposible conservarlo; pero sí puede continuarse la conservación de los demás. Para este caso de imposibilidad parcial, se estima posible acordar una **suspensión parcial** del contrato, que daría lugar a indemnización solo en lo que corresponda a la parte suspendida.

Tercero.- Contratos de servicios de prestación sucesiva

Es el caso, por ejemplo, de los contratos para **redactar un proyecto de obras**.

Para este tipo de contratos, el artículo 34.2 del RDL 8/2020 prevé estas opciones:

a) Que el contrato "**hubiera perdido su finalidad**" como consecuencia del Covid-19.

Se trataría de contratos que, debido a la situación creada por el Covid-19, ya no tiene sentido continuar ejecutando.

El artículo 34.2 del RDL 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.

b) Que **el contrato conserve su finalidad, pero el contratista no pueda cumplir el plazo de ejecución**.

Para este caso, el artículo 34.2 del RDL 8/2020 permite al contratista (justificando que la causa del retraso se debe al COVID- 19) solicitar una **ampliación del plazo de ejecución**; que el órgano de contratación "le concederá".

Sin embargo, no se concederá tal ampliación cuando el COVID- 19 no impida continuar ejecutando el contrato en los plazos inicialmente previstos.

En cualquier caso, corresponde al contratista probar la incidencia del COVID-19 en los plazos de ejecución del contrato.

Por otra parte, a falta de regulación en el artículo 34.2 del RDL 8/2020, cabe entender aplicable la regla general del artículo 100 del RGLCAP (Real Decreto 1098/2001) en cuanto a los **plazos para presentar esa solicitud de ampliación** del plazo de ejecución: plazo máximo de quince días desde aquél en que se produzca la causa originaria del retraso.

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

Cuarto.- Contratos de obras

Para este tipo de contratos, el artículo 34 del RDL 8/2020 prevé estas hipótesis:

a) Que el contrato "**hubiera perdido su finalidad**" como consecuencia del Covid-19.

El artículo 34.3 del RDL 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.

b) Que el contrato **conserva su finalidad, pero sea "imposible" continuar su ejecución**; en cuyo caso el contratista puede solicitar la suspensión del contrato y a ser indemnizado.

La **imposibilidad de ejecutar** el contrato es una **cuestión de hecho**, que corresponde apreciar a la Administración contratante; sin perjuicio de que su apreciación sea revisable por los Tribunales. Supone la **inviabilidad absoluta** de ejecutar el contrato; lo que no sucede cuando este pueda continuar, aunque, debido al estado de alarma, varíe el modo en que puede ejecutarse.

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

Si el órgano de contratación estima la solicitud del contratista, su acto es **meramente declarativo** de una **suspensión** que ya existe legalmente "desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación" (artículo 34.3 del RDL 8/2020).

Es decir, el contratista **no podría ser penalizado ni incurriría en responsabilidad** por el periodo de suspensión que hubiera existido antes de esa declaración en la que el órgano de contratación reconoce la imposibilidad (cuyos efectos se retrotraen al momento en que se produjo el supuesto de hecho).

Si el contratista considera "imposible" ejecutar el contrato, debe dirigir al órgano de contratación la **instancia**. Si el órgano de contratación **estima la solicitud** del contratista el contrato queda suspendido. Si el órgano de contratación **considera que es posible ejecutar** el contrato, denegará la solicitud del contratista, que deberá continuar ejecutándolo (en las condiciones que le permita el estado de alarma) y sin perjuicio de los recursos que este pueda promover contra tal decisión.

Para que pueda tramitarse, la instancia del contratista debe incluir la **justificación** y la información sobre el contrato exigida reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible; el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.

Si pasan cinco días naturales sin que el órgano de contratación dicte resolución expresa, "esta deberá entenderse desestimatoria": **silencio negativo**.

Pese al empleo del "deberá", parece que el órgano de contratación podría resolver la solicitud pasado ese plazo de cinco días naturales y hacerlo en sentido **estimatorio**; todo ello conforme a las reglas generales sobre actos presuntos en el procedimiento administrativo.

Se reconoce el derecho a ser **indemnizado**; si bien "únicamente" por los conceptos mencionados en el párrafo quinto del artículo 34.3 del RDL 8/2020.

No obstante, con base en una interpretación "a sensu contrario", sí cabe entender aplicables los apartados b) y c) del artículo 208.2 de la LCSP, que se refieren a:

- La necesidad de levantar un **acta de suspensión** como requisito para la indemnización.

- La prescripción del derecho del contratista: el derecho a reclamar prescribe en un año contado desde que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato.

Conforme a las reglas generales, la indemnización se reconocerá y abonará al contratista previa **acreditación** por este de la efectividad y cuantía de los daños. El contratista, una vez que el órgano de contratación dicte el acto que estima la imposibilidad de ejecución, debe presentar una **nueva solicitud** con la **justificación** de los daños y perjuicios.

Esa nueva solicitud puede presentarla el contratista al finalizar el período de suspensión, pero también serían admisibles **solicitudes parciales** de abono de los daños que se vayan produciendo, siempre que en cada una de ellas pueda ya acreditarse su realidad, efectividad y cuantía.

A falta de norma especial, cabe entender que rige el **plazo general de tres meses** para que el órgano de contratación resuelva sobre esa solicitud de justificación de los daños y perjuicios.

En los contratos de obras es requisito para reconocer la indemnización que se hayan cumplido las "obligaciones laborales y sociales" y las "obligaciones de pago a subcontratistas y suministradores".

La imposibilidad podría ser parcial, si afectara de manera completa a una parte diferenciada del contrato. A estos efectos, en los contratos de obras, puede tomarse como referencia el programa de trabajo del proyecto, conforme al artículo 132 del RGLCAP.

Si una de las partes fundamentales en que pueda descomponerse la obra es imposible de ejecutar, pero pueden ejecutarse las demás; esa imposibilidad parcial permitiría acordar una **suspensión parcial** del contrato, que daría lugar a indemnización solo en lo que corresponda a la parte suspendida.

Por otra parte, y pese a que el artículo 34.3 del RDL 8/2020 no lo regule expresamente, se entiende que el órgano de contratación conserva la prerrogativa de **suspender de oficio** el contrato: si aprecia que, por el Covid-19, es "imposible" ejecutar la obra, y aunque el contratista no lo solicite, puede ordenar la suspensión con los efectos del artículo 34.3 del RDL 8/2020.

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

Igualmente, se estima que la situación de hecho por el Covid-19 tampoco sería equiparable a **"fuerza mayor" o a "circunstancia imprevisible"** a los efectos de, respectivamente, amparar una **modificación del contrato de obras** con base en el anterior artículo 107 del anterior TRLCSP o del 205 vigente de la LCSP.

En cuanto a la incidencia del Covid-19 sobre el **Plan de seguridad y salud en el trabajo de la obra** correspondiente (artículo 7 del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción) se estima que todas las medidas de policía sanitaria aprobadas por el Gobierno deben entenderse automáticamente incorporadas al citado Plan, sin necesidad de que el contratista presente a la Administración una propuesta de modificación de este.

c) Que estuviera previsto **finalizar la ejecución del contrato en una fecha comprendida entre el 14 de marzo y la finalización estado de alarma**; en cuyo caso el contratista puede solicitar que se le amplíe el plazo de entrega.

Una vez corregida la redacción original del artículo 34.3, párrafo 4º (donde decía "apartado" debía decir "párrafo", el artículo 34.3 del RDL 8/2020 supone lo siguiente:

- **A todos los contratos de obras** que estuvieran en ejecución al entrar en vigor el RDL 8/2020 se les aplican los párrafos primero, segundo y tercero del artículo 34.3 del RDL 8/2020.

- A los contratos de obra cuya **terminación** estuviera prevista en una fecha comprendida entre el 14 de marzo y la **finalización del estado de alarma** se les aplica el párrafo 4º artículo 34.3 del RDL 8/2020. Esto supone el contratista puede solicitar que se le **amplíe el plazo de entrega**, a lo que debe acceder la Administración si el contratista ofrece "el cumplimiento de sus compromisos" dentro del plazo ampliado.

El artículo 34.3 del RDL 8/2020 **no prevé** que, durante ese período de ampliación, el contratista de obras **sea indemnizado**; pues, si se atiende a la literalidad del párrafo 5º del artículo 34.3, todos los conceptos indemnizatorios están referidos solo para el caso de "suspensión", y no para el de "ampliación" del plazo de finalización.

A esas tres hipótesis del RDL 8/2020 cabe añadir esta:

d) Que estuviera previsto **finalizar la ejecución del contrato en una fecha posterior a la finalización del estado de alarma**.

La necesidad de cumplir las medidas de policía sanitaria adoptadas por el Gobierno durante el estado de alarma puede **retrasar** el ritmo programado para la ejecución de las obras cuya terminación está prevista tras el estado de alarma.

Este supuesto no está regulado expresamente en el RDL 8/2020 y, se estima, debe ser resuelto con las reglas generales de la LCSP: al no ser imputable al contratista de obras la causa del retraso, este tiene derecho a obtener del órgano de contratación una **ampliación del plazo final de ejecución, sin penalización y sin indemnización a su favor**. La norma de referencia sería el vigente artículo 195.2 de la LCSP (similar al artículo 213.2 del TRLCSP para los contratos que se rijan por esta ley).

Quinto.- Contratos de concesión de obras y de servicios.

El artículo 34.4 del RDL 8/2020 reconoce al concesionario el derecho al **reequilibrio económico** en tanto se haya alterado por "las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades autónomas o la Administración local".

Ese derecho solo nacerá "cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la **imposibilidad** de ejecución del contrato".

Es decir, si el órgano de contratación considera que no es imposible ejecutar el contrato, **denegará la solicitud** del contratista, que deberá continuar ejecutando el contrato (en las condiciones que le permita el estado de alarma), sin derecho al reequilibrio y sin perjuicio de los recursos que pueda promover contra tal decisión.

Si el órgano de contratación aprecia esa imposibilidad, **compensará** al concesionario conforme al artículo 34.4 del RDL 8/2020: "según proceda en cada caso", ampliando el plazo de la concesión en hasta un 15 por 100 o modificando las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Aplicadas estas consideraciones a las concesiones de **autopistas de peaje o autovías de primera generación**, resultan estas consecuencias:



- No existe "imposibilidad" de ejecutar el contrato si la autopista o autovía mantienen las condiciones que les permiten seguir abiertas al tráfico de vehículos y este sigue estando legalmente permitido.

- La reducción en el número de vehículos que circula por la autopista o autovía, y la consiguiente disminución de ingresos de la concesionaria, no dan derecho al reequilibrio económico de la concesión conforme al RDL 8/2020.

- Igualmente, se estima que esa reducción de vehículos e ingresos tampoco sería equiparable a "fuerza mayor", a "circunstancia imprevisible" o a "factum principis" ("actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinarían de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato") a los efectos de, respectivamente, amparar un reequilibrio del contrato de obras con base las normas generales aplicables al contrato de concesión (por ejemplo, el vigente 270.2 de la LCSP).

Se anexa el meritado informe.