

SPAIN CORONAVIRUS: MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL REAL DECRETO-LEY 8/2020

Con fecha 18 de marzo se ha publicado 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 ("RDL COVID-19") que, entre otras cuestiones, adopta medidas para paliar los efectos del COVID-19 en la contratación pública. Tales medidas consisten en la posibilidad de solicitar prórroga, compensación de determinados perjuicios y, en su caso, el restablecimiento del equilibrio económico en contratos de concesión, con sujeción a diversos requisitos y límites en función del tipo de contrato. No se fija un plazo concreto de vigencia de estas medidas, que dependerá del alcance temporal del impacto del COVID-19 o de las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo. Con fecha 1 de abril se ha publicado el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo ("RD-Ley 11/2020"), que modifica el RDL COVID-19 y la Abogacía General del Estado ha emitido al menos dos informes fijando su criterio sobre ciertas cuestiones que plantean estas normas ("Informes AGE").

MEDIDAS EN MATERIA DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Como se ha dicho, el RDL COVID-19 ha aprobado determinadas medidas para flexibilizar el cumplimiento de algunos contratos del sector público, administrativos o privados.

La Abogacía General del Estado en los Informes AGE considera que el RDL COVID-19 constituye una norma especial en materia de contratación pública que desplaza el régimen general. De tal manera que, si el RDL COVID-19 no reconoce ninguna medida (de suspensión y/o compensación), no podrá solicitarse ninguna al amparo del régimen general. Este criterio plantea no pocas dudas y, en todo caso, tendrá que ser revisado en su aplicación por los Tribunales. En cualquier caso, en nuestra opinión, el desplazamiento del régimen general solo aplicaría, naturalmente a los contratos que se rigen por el RDL COVID-19, frente al criterio de los Informes AGE.

Aspectos clave

- ¿Qué ocurre con los contratos de suministro y servicios de prestación sucesiva?
- ¿Qué ocurre con los contratos de suministro y servicios de tracto único?
- ¿Se pueden suspender los contratos de obras?
- ¿Cabe el reequilibrio económico en las concesiones de obras y servicios como consecuencia de la crisis del COVID-19?

Contratos de suministro o de servicios de prestación sucesiva

En el caso de contratos de suministro o de servicios de prestación sucesiva, cuando la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas para combatirlo hagan imposible su ejecución:

- Quedan suspendidos desde la producción de la situación de hecho hasta que el órgano de contratación notifique el levantamiento de la suspensión, porque sea posible reanudarlos. Hace falta una decisión administrativa, pues, para que se levante la suspensión.
- Sin embargo, como se exige que el contratista solicite y acredite el reconocimiento de la imposibilidad de ejecución por el contratista (con un plazo de respuesta de cinco días naturales y silencio negativo), cabe la posibilidad de que el contrato deba reanudarse si el órgano de contratación contesta que no existe tal imposibilidad de ejecución, o si, simplemente, no contesta en plazo.
- Nótese que no existe un plazo concreto para esta solicitud (el plazo de cinco días naturales es para resolver sobre la solicitud, no para presentarla, en nuestro criterio), aunque razones de prudencia aconsejan presentarla tan pronto como sea posible, porque si el órgano de contratación discrepa sobre la posibilidad de ejecución del contrato, es mejor conocerlo desde el principio, para adecuar la actividad de la empresa en consecuencia, así como para evitar perjuicios añadidos (como la posible resolución del contrato o la exigencia de abonar daños y perjuicios a la Administración por una suspensión improcedente).
- Los Informes AGE han confirmado que procederá formular **una primera solicitud para que se declare la imposibilidad de ejecutar el contrato**, y una vez que se declare la misma, **una solicitud posterior acreditando todos los daños soportados por el contratista**, lo cual exigiría esperar a la finalización del estado de alarma, para poder cuantificar todos los daños sufridos exactamente. También es cierto que una adecuada justificación de todos los gastos soportados quizá no se puede realizar inmediatamente.
 - Esta suspensión no constituirá causa de resolución del contrato.
 - Será posible solicitar la compensación de daños y perjuicios limitados a los conceptos indicados y con las limitaciones del RDL COVID-19 (salarios del personal adscrito al contrato a 14 de marzo efectivamente abonados, costes de mantenimiento de la garantía definitiva, de alquileres y mantenimiento de maquinaria y equipos que se acredite que no se pueden destinar para otros fines y coste de los seguros previstos en los pliegos para la ejecución del contrato).

Avanzamos razonablemente que la determinación de estos daños y perjuicios será un foco de conflicto, sin duda, con las empresas.

Además, se plantean dudas muy razonables, como:

- Cómo se puede acreditar razonablemente que los medios adscritos al contrato estaban realmente adscritos al contrato.
- Cómo se puede acreditar razonablemente que los medios adscritos al contrato no se han podido destinar a otros contratos.

El RD-Ley 11/2020 ha resuelto alguna de las dudas que se plantearon inicialmente:

- los costes salariales incluyen los costes relativos a las cotizaciones a la Seguridad Social;
- la suspensión del contrato (y por lo tanto la compensación) puede ser total o parcial, cuando así lo especifique el órgano de contratación, determinando la parte suspendida.

Por otro lado, no se reconoce ningún tipo de compensación en concepto de lucro cesante durante la suspensión de ese contrato. Podría plantearse su compensación en forma de reclamación de responsabilidad del Estado legislador, en otro procedimiento, pero es un planteamiento complicado.

De hecho los Informes AGE consideran que:

- si la ejecución del contrato no resulta imposible, no procederá compensación alguna por ningún concepto, pues las medidas adoptadas por el RDL COVID-19 son medidas generales adoptadas en una situación excepcional que el contratista tendría el deber jurídico de soportar;
- si la ejecución se considera imposible, únicamente procederá compensar por los conceptos e importes indicados en el RDL COVID 19, y no por ningún otro.

En cualquier caso, el contratista deberá hacer un esfuerzo especial para la justificación de las partidas compensables. La respuesta a la petición de compensación deberá darse en el plazo de cinco días naturales, por parte del órgano de contratación. El silencio tiene carácter negativo.

Estas reglas extraordinarias no serán de aplicación 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.
- 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.

Contratos de suministro o de servicios de tracto único

En el caso de contratos de suministro y servicios distintos de los anteriores (es decir, los que no son de prestación sucesiva, sino de tracto único), que no pierdan su finalidad por la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas para combatirlo, no se produce la suspensión automática. En estos casos, cuando el contratista incurra en demora:

- Podrá solicitar al órgano de contratación prórroga por el tiempo perdido, que se concederá previo informe del Director del Contrato confirmando

que el retraso se debe a la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas para combatirlo y no es imputable al contratista.

En este caso, no se contempla plazo ni para la solicitud ni para la resolución, y no se regula el sentido del silencio. Por prudencia, deberá presentarse tan pronto como se pueda, como en el caso de los contratos de suministro o servicios de prestación sucesiva. Los Informes AGE además consideran que resultaría de aplicación el plazo de 15 días desde aquél en que se produjo la causa originaria del retraso.

- No se excluye la posible suspensión del contrato, conforme a la normativa general de contratación pública, aunque podría entenderse que el silencio del RDL COVID-19 pone de manifiesto la intención legislativa de no acordar la suspensión por este motivo, ya que, si hubiera querido que se pudieran suspender, lo podría haber acordado, como en el caso de los contratos de prestación sucesiva.
- El contratista podrá solicitar el abono de los gastos salariales adicionales soportados por esta causa hasta un máximo del 10% del precio inicial del contrato.

Entendemos que los gastos salariales adicionales se refieren a los gastos salariales del personal que se encarga de la ejecución del contrato, como consecuencia de la demora, aunque quizá cabría plantearse la compensación de gastos de nuevos trabajadores que tuvieran que ser adscritos a la ejecución del contrato, para darle cumplimiento.

Cabría pensar si, en el caso de que se inste la suspensión del contrato conforme a lo señalado en el párrafo anterior, pueden reclamarse los daños y perjuicios que la legislación permite reclamar en caso de suspensión. Lo que parece claro es que, si no hay suspensión, no cabrá reclamar otros costes que los gastos salariales adicionales. Como en el caso de los contratos de prestación sucesiva, reclamar otros conceptos es complicado, ya que exigiría plantear una reclamación de responsabilidad del Estado legislador, de difícil estimación.

Esta reclamación exigirá una especial diligencia de justificación por el órgano de contratación.

- En estos contratos, si la demora producida como consecuencia de la crisis del COVID-19 hace perder la finalidad al contrato, procederá su resolución.
- Estas reglas extraordinarias no resultan de aplicación a los mismos contratos que se excluyen para los contratos de suministro o servicios de prestación sucesiva.

Contratos de obras

En los contratos de obras en los que resulte imposible continuar ejecutando el contrato, pero que no pierdan su finalidad por la situación de hecho creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas para combatirlo, el contratista:

- podrá solicitar la suspensión del mismo desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse (el órgano de contratación notificará al contratista el fin de la suspensión). La suspensión no es automática. De hecho, será prudente solicitarla tan pronto como se pueda, justificando la imposibilidad de ejecutar el contrato, ya que los efectos de la suspensión (y la posibilidad de reclamar los perjuicios asociados a la suspensión)

dependen de que la suspensión sea acordada por el órgano de contratación. Aunque el RDL COVID-19 asocia esta solicitud a la justificación de los medios adscritos afectados por la suspensión, resulta posible, en nuestra opinión, disociar la solicitud de suspensión de la acreditación de todos los daños, porque esta solo podrá ser posible al término del período del estado de alarma.

- podrá solicitar la compensación de daños y perjuicios limitados a los conceptos indicados y con las limitaciones del RDL COVID-19, que son los mismos que para los contratos de suministros y servicios de prestación continuada, salvo que los mayores gastos salariales se computan conforme a convenio y se exige que el personal continúe adscrito el contrato al reanudarse. Resultan aquí de aplicación las mismas consideraciones que, en materia de daños y perjuicios, efectuábamos cuando tratábamos de los contratos de servicios o suministros de prestación sucesiva.
- deberá ofrecer cumplir sus compromisos si se amplía el plazo final y acreditar fehacientemente que, tanto el contratista, como los subcontratistas, proveedores y suministradores contratados para la ejecución del contrato, están al día en sus obligaciones laborales y sociales a 14 de marzo y que el contratista está al día en sus obligaciones de pago a subcontratistas y proveedores.
- los Informes AGE consideran además que no cabrá modificar el contrato por estas causas porque el RDL COVID-19 no las equipara a fuerza mayor ni a circunstancias imprevisibles.

Contratos de concesión de obras o de concesión de servicios

- En **contratos de concesión de obras y de concesión de servicios** se reconoce el derecho al restablecimiento del equilibrio para compensar: i) la disminución de los ingresos; y ii) el incremento de los costes (incluidos los salariales) respecto de los previstos en la ejecución ordinaria, como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas para combatirlo. Ello sólo resultará de aplicación cuando el órgano de contratación aprecie la imposibilidad de ejecución del contrato por dichas circunstancias, a solicitud del contratista. No se fija ningún plazo, ni para solicitar el restablecimiento, ni para solicitar la declaración de la supuesta imposibilidad de ejecución que, además, plantea dificultades en su aplicación.
- Habrá por lo tanto dos posibles solicitudes relevantes para el concesionario: la de restablecimiento del equilibrio, y la de declaración de imposibilidad de ejecutar el contrato. Ninguna de ellas tiene fijado un plazo, aunque el concesionario debería actuar pronta y diligentemente para conservar sus derechos, solicitando el reconocimiento de la imposibilidad de ejecución del contrato (es decir, tan pronto como se manifiesten cualesquiera de dichas circunstancias, aunque no estén cuantificadas sus consecuencias todavía). Solo así, en función de la contestación de la Administración, podrá el concesionario reorganizar, en su caso, la actividad.

Además, la "imposibilidad de ejecutar el contrato" puede plantear dificultades, si bien dependerá del contenido obligacional del mismo y de las concretas circunstancias del contrato, el personal adscrito, etc. Así, es perfectamente contemplable que no resulte imposible la ejecución total del

contrato y, en cambio, sí que se sufran los perjuicios derivados de menores ingresos y mayores costes por la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas para combatirlo.

- Los Informes AGE consideran que el RDL COVID-19 exige que la imposibilidad de ejecutar el contrato sea total, que 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 y que 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 COVID-19. Además, considera que este RDL desplaza el régimen general y, en consecuencia, tampoco cabrá solicitar ese restablecimiento por el menor tráfico ni como supuesto de fuerza mayor, riesgo imprevisible u otros títulos que cabrían conforme al régimen contractual general.
- Los Tribunales previsiblemente deberán pronunciarse en el futuro sobre este criterio de la Abogacía del Estado y el modo en que se aplique, pues cabría considerar si el precepto aplica a situaciones de imposibilidad de ejecución parcial o si, al margen de las reglas del RDL COVID-19, resulta posible exigir una compensación económica con arreglo a las normas generales de la contratación pública. Esta posibilidad resultaría además reforzada en el caso de contratos de concesión que han quedado fuera del ámbito de aplicación del RDL COVID-19, porque sus pliegos se rijan por una norma anterior a la ley de contratos de 2011, o porque se trata de concesiones donde no es totalmente imposible su ejecución.
- Los Informes AGE también consideran que incluso cuando se aprecie la imposibilidad de ejecutar el contrato y se restablezca su equilibrio mediante la prórroga, no serían gastos salariales adicionales y por lo tanto no serían susceptibles de compensación los incurridos durante el tiempo que hubiera sido imposible ejecutar el contrato, cuando se acuerde restablecerlo mediante una prórroga de igual duración. La propia Abogacía del Estado reconoce que ese criterio puede restringir o incluso excluir la aplicación de la norma, en la medida en que difícilmente habrá gastos salariales adicionales que puedan resultar compensables.
- También sobre este criterio deberán pronunciarse previsiblemente los Tribunales habida cuenta del carácter eminentemente formalista del mismo.
- Si procede el reequilibrio del RDL COVID-19, este consistirá en la posible prórroga excepcional del plazo de hasta un 15% o en la modificación de las condiciones económicas del contrato.
- El RD-Ley 11/2020 ha precisado que sólo se consideran contratos del sector público a estos efectos y por lo tanto pueden beneficiarse de estas previsiones los contratos antes identificados cuando estén sujetos a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, a la Ley 31/2007 de contratación en determinados sectores, al Libro I del Real Decreto-Ley 3/2020 o a la Ley 24/2011 de contratos del sector público en el sector de la defensa y la seguridad.

- Quedarían fuera y, por lo tanto, no podrían beneficiarse de estas medidas los contratos sujetos a la Ley 30/2007, al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/2000, a la Ley 13/1995 y otras disposiciones distintas de las anteriores, cuando la única diferencia será la de su fecha de adjudicación. Consideramos que esta exclusión carece de justificación y bien pudiera deberse a un error.

CONTACTOS



Jaime Almenar
Socio

T +34 91 590 4148
E jaime.almenar
@cliffordchance.com



José Luis Zamarro
Socio

T +34 91 590 7547
E joseluis.zamarro
@cliffordchance.com



Fernando Irurzun
Counsel

T +34 91 590 4120
E fernando.irurzun
@cliffordchance.com



Carme Briera
Counsel

T +34 93 344 2210
E carme.briera
@cliffordchance.com



Clara Alcaraz
Abogada

T +34 91 590 9498
E clara.alcaraz
@cliffordchance.com



Marc Casas
Abogado

T +34 91 590 9491
E marc.casas
@cliffordchance.com



Octavio Canseco
Abogado

T +34 91 590 9416
E octavio.canseco
@cliffordchance.com



Alba Sande
Abogada

T +34 91 590 4184
E alba.sande
@cliffordchance.com



Mónica Romero
Abogada

T +34 91 590 9482
E monica.romero
@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110,
28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2020

Clifford Chance, S.L.P.U.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •
Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai •
Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul •
London • Luxembourg • Madrid • Milan •
Moscow • Munich • Newcastle • New York •
Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo •
Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney •
Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship
with Redcliffe Partners in Ukraine.