



www.fsc.ccoo.es

Federación de Servicios a la Ciudadanía de Comisiones Obreras

Notas al artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, relativo a la contratación pública, con inclusión de las modificaciones operadas por el RDL 11/2020

Abril de 2020

Notas al artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, relativo a la contratación pública, con inclusión de las modificaciones operadas por el RDL 11/2020

Índice

Introducción	3
I. Excepciones a la aplicación del artículo 34	4
II. Medidas contempladas en el artículo 34, por tipología de contrato	4
A) Contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva	4
A.1. Consecuencias de la suspensión del contrato público	4
A.2. Procedimiento a seguir por el contratista	5
B) Contratos de servicios y de suministro distintos de los anteriores	5
B.1. Consecuencia jurídica del retraso en la prestación	6
B.2. Procedimiento a seguir por el contratista	6
C) Contratos de obras en vigor con finalización de plazo de ejecución prevista coincidente con el estado de alarma	6
C.1. Consecuencia jurídica de la suspensión	6
C.2. Procedimiento	7
D) Concesión de obras y concesión de servicios	7
D.1. Consecuencia jurídica	8
D.2. Procedimiento	8
Posibilidad de acogimiento a las medidas de suspensión de contratos laborales de los artículos 22 y 23	8
III. Diferencia entre concesiones y contratos de servicios	9
IV. Modificaciones en la Ley 9/2017, de contratos del sector público	10
V. Modificaciones en materia concursal	10
VI. Aclaraciones	11

Edita:

Federación de Servicios a la Ciudadanía de CCOO
 C/ Fernández de la Hoz, 21, 1ª planta - 28010 Madrid
 Teléfono: 91 757 22 99. Fax: 91 548 16 13
www.fsc.ccoo.es

Abril de 2020



Introducción

El artículo 34 del citado RDL pretende dar soluciones a supuestos de hecho que ya se estaban produciendo - como la suspensión unilateral por algunos organismos del sector público de determinados contratos celebrados al amparo de la LCSP, adaptando el impacto de las sucesivas medidas impuestas con motivo del COVID 19 a los contratos existentes y a las disposiciones de la Ley de Contratos del Sector Público, mediante una respuesta jurídica uniforme para el conjunto del sector público a esta situación excepcional.

Como toda regulación de excepción, por la necesaria urgencia en la adopción de medidas concretas y en la redacción de la norma jurídica que las soporta, el texto adolece en determinados aspectos de la necesaria concreción y no contiene en sí mismo solución expresa ni única a los interrogantes que sobre su aplicación necesariamente surgen y que no son uniformes, dada la diversidad de concretas situaciones en que las contrataciones pueden encontrarse: con suspensión total o parcial de actividad o con reducción de la misma por efecto de la pandemia; que la suspensión se haya dictado y comunicado al contratista previamente por el organismo de contratación; que traiga causa de este RDL o que sea instada por el contratista por devenir imposible la prestación; que no se pueda realizar la prestación por las condiciones sanitarias impuestas, por carencia de medidas de protección para el personal, por imposibilidad de abastecimiento... En definitiva, será susceptible de distintas interpretaciones, sin que pueda afirmarse la existencia de una solución unívoca que sea fruto de una interpretación única e irrefutable.

Es necesario, en todo caso, advertir que las concretas medidas pueden no resolver toda la problemática existente, así como que la corrección tanto en su interpretación como en la decisión de las distintas figuras jurídicas que pudieran ser de aplicación, no sólo exige una importante tarea de estudio individualizado a la hora de conjugar y adaptar las normas en vigor, de forma que se preserven los principios e intereses públicos en juego, sin menoscabo de los intereses del personal que presta estos servicios, sino también de concreción de las medidas a aplicar, de forma ágil y sin dilaciones, evitando así perjuicios a ninguna de las partes y especialmente a las personas trabajadoras a quienes las Comisiones Obreras se sienten orgullosas de representar.

Así se desprende claramente del Preámbulo, al afirmar lo siguiente:

*“Se establecen medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, **impidiendo la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público y evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades autónomas o las entidades que integran la Administración local y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo.***

Para evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las CCAA o la Administración local para combatirlo puedan dar lugar a la resolución de contratos del sector público se prevé un régimen específico de suspensión de los mismos”.

Para abordar el examen del citado artículo, en primer lugar se resumen las medidas que el mismo contempla, comenzando por las excepciones a su aplicación, no sin antes hacer mención expresa a un apartado de especial importancia que alumbra el conjunto del precepto:

La suspensión de los contratos especificados en este artículo no implicará, EN NINGÚN CASO, su resolución.

Aclarar que esta mención, tanto a la suspensión como a la no resolución de los contratos, se refiere a los contratos públicos, suscritos entre el órgano de contratación y el contratista o concesionario, no a los contratos de trabajo.



I. Excepciones a la aplicación del artículo 34

No resulta de aplicación a los siguientes contratos:

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

El RDL 11/2020 añade la posibilidad de suspender, total o parcialmente –tanto de oficio como a solicitud del contratista- los servicios de seguridad y de limpieza cuando algún edificio se cierre total o parcialmente y desde la fecha que esto suceda, debiendo el órgano de contratación notificar el volumen de servicio que, en su caso, sea preciso mantener, así como la fecha de reapertura total o parcial.

Se entiende que, a falta de una fecha concreta por encontrarse vinculada a la finalización del estado de alarma, por analogía podrá utilizarse ese término cierto de incierta fecha, tal como hace la propia norma estatal.

Aclara asimismo que estos contratos, en el caso de ser suspendidos total o parcialmente, tampoco –con mayor motivo, cabe decir- pueden resolverse.

II. Medidas contempladas en el artículo 34, por tipología de contrato

Se establecen previsiones singulares relativas a la ejecución de los contratos públicos, ofreciendo distinta solución jurídica en función del tipo de contrato de que se trate. La pretensión del gobierno no parece ser otra que ofrecer seguridad jurídica a la respuesta que pueda darse por las distintas entidades contratantes del sector público, homogeneizando la misma mediante esta regulación singular.

A) Contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva

Cuando la 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**. 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.

La literalidad de este precepto implicaría una suspensión automática por imperio de la Ley, siempre que se produzca la circunstancia de imposibilidad de cumplimiento de la prestación; sin embargo, el procedimiento establecido que, como veremos, obliga al contratista a solicitar motivadamente la suspensión al órgano de contratación, que éste ha de resolver en el plazo perentorio de cinco días y cuyo silencio se considera negativo, hace que ese automatismo quede diluido.

Los términos y consecuencias jurídicas de esta suspensión se aplicarán aun cuando los términos del contrato contemplaran otra cosa, lo que resulta por inaplicación expresa del art. 208.2 a) LCSP.

A.1. Consecuencias de la suspensión

La consecuencia jurídica que este precepto anuda a la suspensión es que, frente a la regla general del principio de riesgo y ventura que inspira la contratación pública, la entidad contratante –las entidades del sector público adjudicatarias - ha de abonar al contratista los daños y perjuicios que efectivamente sufra durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista. Los daños y perjuicios por los que el contratista podrá ser indemnizado son –exclusivamente-:

- 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.



- Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
- 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.
- 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.

En caso de producirse suspensión parcial en la ejecución del contrato, los daños y perjuicios a abonar por el órgano de contratación se corresponderán –algo obvio- únicamente con la parte del contrato suspendida. Es decir, si se continúa con la prestación, pero sólo en parte, las cuantías que se deberán abonar al contratista en concepto de indemnización por salarios se contraerá a los del personal con contrato suspendido.

A.2 Procedimiento a seguir por el contratista

El procedimiento a seguir, que establece el RDL, es el siguiente:

- El contratista debe dirigir su solicitud al órgano de contratación, en la que deberá reflejar:
 - Las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible.
 - El personal, dependencias, vehículos, maquinaria, instalaciones y equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento.
 - Los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.
- Las circunstancias puestas de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación.
- La entidad contratante debe dar respuesta expresa en el plazo de 5 días naturales.
- Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, ha de entenderse desestimada.

Contempla el RDL otra regla especial en este tipo de contratos, que hace referencia al supuesto en que, tras el vencimiento de un contrato, no se hubiera formalizado uno nuevo que garantice la continuidad de la prestación, como consecuencia de la paralización de los procedimientos de contratación, derivada de lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

De producirse esta circunstancia, podrá aplicarse lo dispuesto en el artículo 29.4 LCSP y, en su virtud, ampliar el plazo del contrato vencido, con independencia de cuándo se hubiera publicado la nueva licitación.

El RDL 10/2020 reguló, con fecha 29 de marzo, el establecimiento de un permiso retribuido recuperable - PRR -, aplicable a todo el personal que trabaja por cuenta ajena sin estar adscrito a servicios esenciales, para así reducir la movilidad. Posteriormente, el RDL 11/2020 clarificó el modo en que contratistas y entes adjudicadores han de proceder en materia de abono de gastos salariales cuando el personal se encuentre afectado por el citado PRR.

En estos casos, la entidad adjudicadora ha de continuar abonando al contratista la parte correspondiente a los gastos salariales, sin que se considere indemnización, sino abono a cuenta por la parte de las horas que posteriormente se recuperarán, teniéndose en cuenta en las compensaciones a que, en su caso, haya lugar a la hora de liquidar el contrato.

Es preciso recalcar que estos permisos retribuidos recuperables siempre serán abonados al personal por su empleador, no por el órgano de contratación, sin que aquél se vea en modo alguno sustituido por éste.

B) Contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior

Se refiere a contratos, igualmente de servicios y suministro, pero que no son - como el caso anterior - de prestación sucesiva y se encuentran en vigor, siempre y cuando no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de excepción. Es por ello que lo que se contempla en este apartado es qué ocurre con la demora en la prestación, al no poder sujetarse a los plazos previstos, sin que opere la suspensión automática, como en el caso de las prestaciones sucesivas.



B.1. Consecuencia jurídica del retraso en la prestación

Si el contratista incurre en tal demora como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas por el Estado, las CCAA o las AALL para combatirlo, se habilita una ampliación del plazo de ejecución sin que pueda aplicarse la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.

Fruto de esta ampliación, el contratista tendrá 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.

B.2. Procedimiento a seguir por el contratista

El contratista debe solicitar esta ampliación de forma expresa, asegurando el cumplimiento de sus compromisos si se le amplía el plazo inicial o la prórroga que, en su caso, tuviera.

Para el caso de producirse gastos salariales adicionales, si el contratista solicita su abono – con el expresado límite –, deberá acreditar tales gastos, presentando una solicitud a la que ha de acompañar la acreditación fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía de los mismos.

El órgano de contratación concederá dicha ampliación por un plazo que será, al menos, igual al tiempo perdido por el motivo mencionado, a no ser que el contratista pidiese otro menor. La concesión de la ampliación de plazo solicitada para el cumplimiento del contrato, como se ve, deviene obligatoria.

C) Contratos de obras en vigor en los que estuviese prevista la finalización del plazo de ejecución mientras dure el estado de alarma – iniciado el 14 de marzo –, consecuencia de la situación creada por el COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado y por cuya causa no pueda procederse a la entrega de la obra

Siempre y cuando 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 desde que se produzca la situación de hecho que impide su prestación y hasta que la misma pueda reanudarse.

Se inaplican expresamente las disposiciones de los artículos 208.2.a) - lo que, en su caso, se estableciera en los pliegos sobre daños y perjuicios -, 239 - causas de fuerza mayor contempladas en este artículo -, 220 - adjudicación de contratos a través de Acuerdos - marco y 231 - proyecto de obras - de la LCSP.

La prestación podrá reanudarse cuando, cesando las circunstancias o medidas que la vinieran impidiendo, el órgano de contratación notifique al contratista el fin de la suspensión.

En caso de prórroga del contrato, ésta abarcará –RDL 11/2020- todo el período que dure el estado de alarma, sin que requiera de sucesivas solicitudes y/o ampliaciones, estableciéndose así un término de causa cierta, pero fecha incierta.

C.1. Consecuencia jurídica

Una vez acordada la suspensión o la ampliación del plazo, podrán ser indemnizables los siguientes conceptos:

- 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.
- Los gastos por mantenimiento de la garantía definitiva, relativos al período de suspensión del contrato.
- Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos, siempre que



el contratista acredite que estos medios no pueden 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.

- Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato, suscritas por el contratista y vigentes al momento de la suspensión del contrato.

Prevé el RDL una regla especial, por la que se amplía – prorroga - el plazo final de entrega, siempre que, como se ha indicado, lo solicite y garantice el cumplimiento si se le amplía el plazo inicial. Prórroga que, a tenor del texto legal, se antoja automática.

C.2. Procedimiento

Es similar al del apartado A. El contratista debe dirigir solicitud al órgano de contratación, expresando:

- Las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible.
 - El personal, dependencias, vehículos, maquinaria, instalaciones y equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento.
 - Los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato.

La entidad contratante ha de dar respuesta expresa en el plazo de 5 días naturales, transcurrido el cual sin recibir resolución expresa, ha de entenderse **desestimatoria**.

Para la solicitud, en su caso, cuantías indemnizatorias o resarcimiento de daños y perjuicios, debe el contratista dirigir solicitud, acreditando fehacientemente el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- Que el contratista principal, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato, se encontraban al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a 14 de marzo de 2020.
- Que el contratista principal se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a los subcontratistas y suministradores, en los términos previstos en los artículos 216 –básicamente, abono del precio pactado en plazo y 217 – remisión a los órganos de contratación de la subcontratación y justificantes de pago a éstos LCSP.

D) Concesión de obras y concesión de servicios

La situación excepcional que analizamos da derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, bien mediante 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 que ello opere, el órgano de contratación, a instancia del contratista, debe apreciar la imposibilidad de ejecución del contrato en plazo.

El reequilibrio económico opera únicamente en caso de que devenga imposible la ejecución del contrato concesional - no cuando la prestación continúe - y se configura como un derecho automático - "dará derecho", dice el RDL - , que compensa 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 de los previstos en la ejecución ordinaria, en tanto dure esta situación excepcional.

En este punto, el apartado 4 del artículo 34 parece contener una contradicción, por cuanto más bien parece referirse a situaciones de un agravamiento tal de las condiciones económicas del contrato que podrían dar lugar a su paralización; de lo contrario, mal se comprende que hable de reequilibrio por el incremento de costes, si la prestación no continuara.

Quizá con un ejemplo concreto, que puede estar en la mente de toda la población, se pueda comprender a qué se refiere la norma cuando habla de reequilibrio debido al incremento de costes de la concesión. Nos referimos a los



casos de centros hospitalarios en régimen de concesión, en el que puede precisarse de un sustancial incremento de personal, a cargo del concesionario, que aumente de forma significativa la onerosidad del contrato. Esta circunstancia, de producirse, deberá acreditarse ante el órgano de contratación y tomarse en cuenta para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, pero en ningún caso estaríamos ante la imposibilidad de la prestación, siempre y cuando se compense debidamente, en los términos expuestos.

D.1. Consecuencia jurídica

Si el órgano de contratación aprecia la imposibilidad de ejecución del contrato, procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en los términos expuestos.

D.2. Procedimiento

Requiere la previa solicitud del concesionario, acreditando fehacientemente la realidad, efectividad e importe satisfecho por el contratista.

La regla que contempla el RDL para el reequilibrio económico del contrato contiene unos parámetros distintos de los dispuestos por la LCSP, más rígidos, exigiendo la afectación a la concesión de modo que su impacto implique la ruptura de la economía del negocio concesional. En este caso excepcional, lo que viene a cubrir el RDL son las pérdidas ocasionadas de forma temporal, de tal modo que en puridad no operaría el reparto de riesgos previsto en el contrato.

Explica el RDL 11/2020 qué cosa tiene consideración de contrato público, remitiéndose a su sujeción –obvia- a la LCSP, tanto la actual en vigor como la que le precedió, para el caso de contratos actualmente en vigor; suscritos con anterioridad a la Ley 9/2017, así como las correspondientes leyes de sectores excluidos –agua, energía, transporte y servicios postales-. Se comprende que esto únicamente tiene una función pedagógica, a fin de que no quepa, por desconocimiento, que exista quien entienda que contratación pública es todo aquello que contrata cualquier organismo del sector público y que a su vez se tenga presente que no se encuentra dentro de esta contratación las encomiendas de gestión a los organismos que tengan la consideración de medio propio instrumental.

De la interpretación conjunta del RDL 8/2020 y de la especialidad que, en materia de contratación pública, contempla su artículo 34, se desprende que no podrían acogerse a las medidas suspensivas de los artículos 22 y 23 las empresas adjudicatarias sujetas a:

- Contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva.
- Contratos de obras.
- Contratos, con independencia de su tipología, que prestan determinados servicios que el propio RD-Ley excepciona de la aplicación del artículo 34.

En cambio, sí podrían hacerlo las adjudicatarias de contratos públicos y de suministro que no son de prestación sucesiva, si cumplen los requisitos, dado que lo que prevé la norma es el aplazamiento del cumplimiento de las obligaciones del contratista.

Hay que destacar que no hay precepto alguno que impida, si se dan los elementos para ello, que las empresas acudan a los remedios previstos en los artículos 41 y 47 ET, sin poder descartar los previstos en los artículos 49 y 51 ET en aquellos casos en que el contrato público haya perdido su finalidad como consecuencia del COVID-19.

Muy importante tener en cuenta que:

En los gastos salariales de que tenga que hacerse cargo el órgano de contratación, bien sea mediante la vía indemnizatoria, de reequilibrio del contrato o mediante los abonos a cuenta contemplados en los PRR, se incluirá el coste de las cotizaciones a la Seguridad Social



III. Cómo diferenciar contratos de servicios públicos de contratos de concesión de servicios públicos

El contrato de **concesión de servicios** se define en el artículo 15 de la LCSP como “aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuatro del artículo anterior”.

La calificación como tal de estos contratos se encuentra dispersa en los artículos 15 y 284 y siguientes LCSP:

- a) “La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma”, que es lo que se denomina transferencia del riesgo operacional al concesionario.
- b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son los particulares, como usuarios del mismo, no es requisito imprescindible el pago por el uso se realice por éstos para que se califique como tal. No se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente, siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.
- c) La atribución al concesionario de la potestad organizativa del servicio es una exigencia de la propia asunción del riesgo de explotación.

Con la anterior regulación, el elemento diferenciador del contrato de gestión de servicios y el contrato de servicios era su carácter prestacional, siendo su objeto siempre la gestión de un servicio público.

Sin embargo, la LCSP actual no define el contrato de concesión de servicios por su naturaleza prestacional, sino por su contenido económico, dado que se exige que la explotación de los servicios implique la transferencia al concesionario del riesgo operacional.

Esto significa que es posible que el objeto de un contrato de servicios sea la gestión de un servicio público, siempre que no conlleve esa transferencia del riesgo operacional y que el objeto de un contrato de concesión no sea un servicio público.

De este modo, del antiguo contrato de gestión de servicios surge una nueva modalidad, que se encuentra en el artículo 312 LCSP, que son los contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de los ciudadanos y se trata de aquellos cuyo objeto es la gestión de un servicio público a cambio de un precio que paga la Administración, sin que el contratista asuma ningún riesgo por la explotación.

Así lo dice el Preámbulo de la LCSP “determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario”.

En definitiva, tras la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos, nacieron dos tipos de contratos:

- Contrato de **concesión de servicios** - artículos 15, 284 y 285 e) -, que implica la gestión de un servicio siempre que el concesionario asuma el riesgo económico de la operación - transferencia del riesgo operacional-.
- Contrato de **prestación de servicios públicos** que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos - artículos 17 y 312-, consistente en la prestación de un servicio público a través de un empresario privado a cambio de un precio, no asumiendo riesgo por la explotación – sin transferencia del riesgo operacional -.

Por otro lado, se mantienen los **contratos de servicios** en los que no se transfiere el riesgo operacional -artículos 17 y 308 a 313 excepto el 312 -.

Podemos encontrarnos con contratos que en su día se suscribieron como gestión de servicios públicos y que, tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de contratos del sector público, han de encontrar su encaje en alguna de las dos modalidades en que a partir de la misma se dividen aquellos y puede resultar que no siempre la denominación que se le haya dado, que



implica sujeción a una u otra naturaleza jurídica de estos contratos, se comparezca con la realidad o sea prácticamente inapreciable la línea que separa el contrato de servicios de la concesión de servicio público.

Así ocurre en determinados contratos, por ejemplo, de concesión de servicio de la ORA, en el que las licitaciones, además de los costes salariales derivados de la aplicación del instituto de la subrogación, se aprecia que el precio a abonar al concesionario abarca la totalidad de los costes –gastos de amortización del conjunto de inversiones, de explotación, de mantenimiento; porcentaje que engloba gastos generales, financieros y otros costes, incluido el de “utilidad”–, lo que parece dejar poco o nulo margen a la asunción de riesgo para el licitador.

La determinación de ante qué tipo de contrato nos encontramos es crucial, como decimos, a la hora de aplicar un epígrafe u otro del tan mencionado artículo 34 del RDL 8/2020 y de las consecuencias jurídicas que ello comporta.

Así, cuando se trata de contratos de servicios de prestación sucesiva; es decir, que no se agotan en una única prestación –sean éstos públicos o no en el sentido de la LCSP–, las entidades adjudicatarias abonarán al contratista –previa solicitud al organismo contratante– la indemnización por los daños y perjuicios relacionados en el apartado 1, entre cuyos conceptos se encuentran los salarios.

Sin embargo, en el caso de tratarse de un contrato de concesión de servicios, el procedimiento a seguir es distinto. No procede, como en el caso anterior, la indemnización por daños y perjuicios, sino el reequilibrio económico del contrato que, si ha quedado suspendido por la propia Administración adjudicadora, supondrá que no abonará el precio correspondiente a ese período suspendido lo que, junto a las posibles pérdidas de ingresos –si es que existe algún porcentaje sobre la recaudación que se haya adjudicado al concesionario como parte del precio–, presentará una auténtica causa para instar que el contrato se reequilibre, so pena de resultar imposible su prestación en los términos originarios, al haberse convertido en excesivamente oneroso por circunstancias extraordinarias e imprevisibles, ajenas al concesionario, debiendo compensar tanto la pérdida de ingresos como el incremento de costes soportado.

IV. Modificaciones en la Ley 9/2017, de contratos del sector público - DF 7ª RDL 11/2020

Modificación del artículo 29.4. Establece un plazo de duración excepcional en contratos de suministros y de servicios, siempre que se den dos circunstancias, que deberán justificarse, indicando las concretas inversiones y período de recuperación:

- a) Que el período de recuperación de las inversiones lo exija y éstas no puedan utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista.
- b) Que la amortización de inversiones suponga un coste relevante en la prestación. Este concepto tendrá que ser objeto de desarrollo reglamentario.

Adición de la DA 55, relativa a Hunosa y FNMT. Respecto de Hunosa y sus filiales, establece la posibilidad legal de ser consideradas como medio propio personificado y servicio técnico del sector público. Paso previo a que así figure en sus Estatutos.

Sobre la FNMT, en quien ya concurre la condición de medio propio de la Administración General del Estado, de conformidad con sus Estatutos y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, amplía tal actuación como medio propio de cualquier poder adjudicador estatal, autonómico o local, habilitando a su Ministerio de adscripción a realizar encargos centralizados a favor de aquéllos.

V. Modificaciones en materia concursal

Al haberse presentado algún caso en que, a las situaciones de las empresas y su personal derivadas del COVID-19, se une que aquéllas instan la declaración de concurso, enturbiando aún más si cabe la situación en que queda su personal, hacemos también referencia al contenido de este RDL 8/2020 que comentamos en esta materia.

- Se suspende el plazo - art. 43 - para cumplir con el deber de instar la declaración de concurso. De tal modo que, en tanto esté en vigor el estado de alarma, no resultan exigibles al deudor - la empresa/empresario - el deber de instar la declaración de concurso por encontrarse en situación de insolvencia actual - art. 5.1 LC - .



- Queda igualmente el suspenso el plazo cuando se haya comunicado con anterioridad al juzgado competente para la declaración de concurso la iniciación de negociación con los acreedores para un acuerdo de refinanciación, o extrajudicial de pagos o para obtención de adhesiones, no operando el plazo de vencimiento del art. 5 bis LC.
- No se admitirán a trámite las solicitudes de declaración de concurso presentadas mientras se encuentre en vigor el estado de alarma o en los dos meses posteriores a su finalización. Transcurrido ese plazo, serán admitidas a trámite, teniendo preferencia las presentadas con carácter voluntario, aun cuando se hubieran presentado con posterioridad a otras.
- Incidencia sobre los concursos en tramitación. Los procedimientos de suspensión de contrato y reducción de jornada por causa de fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción habrán de sujetarse a las previsiones del RDL 8/2020, siempre que concurren los presupuestos de los artículos 22 y 23 de esta norma. En tal caso, no rige el procedimiento general del art. 64 LC, teniendo que seguir el del ET, con las especialidades del RDL 8/2020, con las siguientes particularidades:
 - La solicitud debe estar autorizada o presentada por la Administración concursal, según sea el régimen –de intervención o de suspensión de facultades patrimoniales- acordado en el concurso.
 - La Administración concursal será parte en el período de consultas.
 - Las decisiones de aplicación de las medidas se sujetarán al régimen de intervención o de suspensión de facultades patrimoniales que hubiera sido acordado en el concurso.
 - Deberá comunicarse inmediatamente al Juez del concurso tanto de la solicitud como de la decisión acordada.
 - Las impugnaciones se realizarán ante el Juez del concurso.
- **Suspensión de contratos en concursos de acreedores** - DT 4ª RDL 11/2020-. Si el juez dictó Auto acogiendo a las suspensiones de contrato de los artículos 22 y 23 RDL 8/2020, se estará a ello. Si aún no ha dictado resolución, se tramitarán estas suspensiones de contrato por la autoridad laboral, mediante decisión adoptada por el juez concursal o con su autorización.

VI. Algunas aclaraciones a la situación del personal de contratadas que han visto suspendido el contrato por las disposiciones de este RDL

Tal como adelantábamos al principio de este análisis, no es posible dar una respuesta uniforme, si bien ello no impide realizar algunas consideraciones de carácter general.

- Los contratos del sector público - no, como erróneamente dice el RDL, “los contratos públicos”, porque lo primero abarca también contratos privados celebrados al amparo de la LCSP por las entidades que recoge el artículo 3 de la misma - cuya prestación ha sido suspendida por las medidas excepcionales adoptadas, tales como –a título de ejemplo - las prestaciones de servicio de transporte escolar, comedores de centros escolares o de ancianos, servicio de ORA, servicios deportivos, museos, teatros, etcétera, tras la promulgación de este RDL se encuentran suspendidos, con efectos desde el 14 de marzo y sin fecha específica de finalización de la suspensión, pues lo están “hasta que dicha prestación pueda reanudarse”, para cuya apreciación se precisa la concurrencia de dos situaciones: que cese la pandemia o las medidas que impidieron la prestación y a su vez que el órgano de contratación notifique al contratista que la suspensión ha finalizado.
- Esta carencia de límite expreso temporal, favorece al personal de las contratadas en el sentido de que no precisa de interpretación ni sujeción al plazo de un mes de duración de las medidas, contemplado en la Disposición Final Décima del RDL, quedando garantizada la percepción de sus salarios.
- Los salarios, en tanto las contratistas no realicen los trámites correspondientes ante el órgano de contratación, en los términos expuestos para cada tipo de contrato, correrán a cargo de aquéllas, por lo que es de prever –y sería lo deseable - que lo harán con la debida diligencia y la urgencia que la situación requiere, siendo su responsabilidad, ya que no estamos ante procedimientos que precisen negociación alguna.
- En todo caso, el abono de los salarios siempre correrá a cargo de las empresas. Lo que varía es que, si las contratistas cumplen con los procedimientos especiales contemplados en el RDL, serán los órganos de contratación de las AAPP quienes corran con el gasto de los salarios o con el reequilibrio económico del contrato - según de qué tipo de contrato se trate -, de modo que no suponga un coste para aquéllas hasta tanto sea posible reanudar la prestación.



- La empresa adjudicataria responde de la totalidad de la prestación del contrato, de modo que, en líneas generales, será indiferente que aquélla haya o no recurrido a empresas de puesta a disposición de personal para la prestación de todo –no parece que esa situación pueda darse, al menos bajo la actual LCSP - o parte de la ejecución del contrato, siendo responsable del pago de salarios a su propio personal, así como de los importes que arroje esa puesta a disposición, debiendo tramitar y acreditar ante el órgano de contratación la totalidad de gastos salariales del personal, habida cuenta que la totalidad habrá quedado adscrito a la ejecución ordinaria del contrato.
- En el específico caso de acompañantes en transporte escolar, se trata - o al menos así debería ser - de personal que conforma la plantilla del contratista, adscrito a esa concreta función y que fue así incluido en la oferta por la que resultó adjudicatario, por lo que es una persona trabajadora más, afectada por la suspensión en idénticos términos que el resto de la plantilla adscrita al servicio.
- No parece que el RDL que comentamos ofrezca a las empresas contratistas un derecho de opción sobre qué procedimiento aplicar de entre los que se encuentran detallados en el mismo. Y ello por cuanto dedica un artículo, el 34, específicamente a la contratación pública y a éste habrán de sujetarse, sin poder derivar sus actuaciones hacia las suspensiones de contrato previstas para el resto de empresas que han visto disminuir o cesar su actividad por los efectos de la pandemia y/o las medidas para su erradicación. Como decíamos al principio de estas notas, el propio Preámbulo así lo recoge, estableciendo medidas específicas para la contratación pública, con una paralela prohibición de resolver estos contratos.
- Puede ocurrir que los órganos de contratación, al suspender el contrato, sean reacios o al menos tardíos en el abono de estos gastos salariales, que en todo caso deberá continuar abonando la empresa contratista y el impedimento del RDL a que en estos casos de contratación pública se recurra a la suspensión de contratos por causa de fuerza mayor –o así al menos lo entendemos nosotros - , contemplada en las medidas del gobierno se trate de aludir por aquéllos, acudiendo a esta figura - ERTE - a fin de que el abono de los salarios ya no dependa de la empresa, sino de los servicios públicos, conjugando así el riesgo de que se convierta en un pago litigioso por parte del órgano de contratación, a lo que ha que añadir el ahorro del porcentaje que corresponda de la cuota empresarial de Seguridad Social - 75 o 100% en función del número de empleados - .

De producirse una situación como la que se describe, la actuación del Sindicato se ve muy mermada, al no tratarse, como decíamos, de procedimientos que estén sujetos a negociación. Sí puede resultar eficaz, una vez se conoce el recurso a medidas de suspensión temporal de empleo por las contratistas –se entiende que acogidos a la causa de fuerza mayor del propio RDL - , poner en conocimiento de la autoridad laboral que ha de tramitarlo de que se trata de una actividad sujeta al artículo 34 del RDL 8/2020 por tratarse de la prestación de un contrato público, de modo que responda a la empresa que los trámites para tramitar la suspensión ha de realizarnos ante el órgano de contratación que proceda.

Será preciso valorar la posible intervención del Sindicato ante el concreto órgano de contratación, si tenemos en cuenta que quien correrá con el gasto, de sustanciarse de conformidad con las previsiones del art. 34 del RDL, será la propia Administración de quien dependa aquél y no existirá, en líneas generales, mucha voluntariedad a requerir a las empresas para que sigan este procedimiento, cuando le supone asumir un coste, que podría ver derivado a los servicios públicos de empleo si no interviene.

Finalmente, es preciso realizar alguna apreciación sobre el contenido de este artículo 34 del RDL 8/2020, que a nuestro entender afecta a la seguridad jurídica que se pretende garantizar.

Parece evidente que las previsiones, una vez que el contratista realiza la solicitud, que marcan un breve plazo –en consonancia con la emergencia que se trata de acometer - de cinco días para su apreciación por el órgano de contratación y finalizan considerando el silencio administrativo como desestimatorio, no se compadece, por contradictorio, con el primer párrafo del tan citado artículo 34, que afirma: “quedarán automáticamente suspendidos desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse”.

La situación de hecho para apreciar la causa suspensiva se ha producido en todos los casos en que se ha suspendido la prestación contratada, de modo que el automatismo de tal apreciación parece que debería predicarse de todos ellos.

Lo contrario, más aún contemplando el silencio administrativo negativo - cuya resolución, a mayor abundamiento, se encuentra en manos de la misma Administración que, de resolver en positivo, tendrá que hacerse cargo de determinados



costes - , no provoca sino una indeseable inseguridad jurídica, que puede perjudicar tanto al contratista como al personal adscrito al contrato.

Por otro lado, hay que resaltar que el apartado 4, dedicado a los contratos de concesión de servicios, resulta un tanto contradictorio y presenta por ello cierta inseguridad jurídica, a lo que hay que añadir que el citado RDL no impide a los concesionarios, en función de las circunstancias concurrentes, acudir a los cauces ordinarios de suspensión de contratos, incluida la suspensión por causas de fuerza mayor prevista en los artículos 47 y 51.7 del ET y no olvidemos que este procedimiento no contempla las mejoras que ofrecen los artículos 22 y 25 del RDL 8/2020 como procedimiento excepcional.





servicios a la ciudadanía



www.fsc.ccoo.es