



DOSSIER DE INFORMES EMITIDOS POR LA ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO

1. Interpretación DA 3ª RD 463/2020 que declara el estado de alarma en relación con la suspensión de plazos de las licitaciones de una SME (16/03/20)

“Atendiendo a una interpretación literal, sistemática y finalista de la norma, hay que entender que se produce una suspensión automática de todos los procedimientos que tramiten las entidades del sector público, y ello sin distinción de sujetos ni de procedimientos:

- Desde el punto de vista objetivo, la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 alude a suspensión de términos e interrupción de los plazos para la tramitación "de los procedimientos " de las entidades del sector público. Ello engloba procedimientos administrativos sujetos a la LCSP, a la LPAP, a la normativa tributaria y cualesquiera otros procedimientos que, independientemente de su objeto y regulación, puedan tramitar las entidades del sector público.

- Desde el punto de vista subjetivo, la disposición adicional de continua referencia alude a "entidades del sector público", puntualizando en el apartado 2 que la suspensión de términos y la interrupción de plazos se aplicará "a todo el sector público definido en la Ley 39/2015". El artículo 2 de la Ley 39/2015 define, en su apartado 1, lo que se entiende por sector público, al delimitar el ámbito de aplicación de la Ley, sector público en el que se incluye la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y el sector Institucional. En consecuencia, las entidades del sector institucional forman parte del sector público definido en el artículo 2.1 de la Ley 39/2015, al que remite la disposición adicional tercera.2 del Real Decreto 463/2020, a la hora de determinar el ámbito de la suspensión de términos y la interrupción de plazos que impone. Y ello con independencia de las previsiones del artículo 2, apartado 2, de la Ley 39/2015, referidas al alcance de la sujeción de determinadas entidades del sector público institucional a la propia Ley 39/2015.

- Desde el punto de vista de su finalidad, la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 es una medida excepcional, incluida en un Real Decreto que declara el estado de alarma, y cuya finalidad última es preservar la salud humana ante una situación de emergencia sanitaria. No se alcanza a comprender porqué esa finalidad no habría de concurrir respecto de determinados procedimientos, y respecto de determinadas entidades del sector público.

- La disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 admite expresamente excepciones a la regla general de suspensión automática de términos e interrupción, también automática, de plazos de los procedimientos de las entidades del sector público. A esas



excepciones se refiere, en concreto, su apartado 3, que permite al órgano competente acordar, motivadamente, medidas de ordenación e instrucción necesarias para evitar perjuicios graves en los intereses y derechos del interesado del procedimiento, e incluso no suspender plazos cuando el interesado muestre su conformidad. Estas excepciones deberán acordarse de forma casuística y siempre motivadamente, ponderando los intereses en juego y el interés público que subyace en toda contratación.

Sería deseable para la correcta aplicación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 que la Plataforma de Contratación del Sector Público actuase conforme a lo que se desprende de la misma. A estos efectos, no parece necesaria la publicación de anuncios de suspensión de términos, plazos o trámites de las licitaciones en curso, pues la suspensión es la regla general y produce efectos automáticos ex lege. Nada obsta, tampoco, a que dicha publicación se produzca, aunque, se insiste, parece innecesaria, y podría llegar a colapsar el funcionamiento de la Plataforma. Sí deberían publicarse, por el contrario, los acuerdos de no suspensión que, de forma motivada, adopten las entidades del sector público.

Esta Publicación, en algunos casos, puede ser de especial relevancia a efectos prácticos. Por ejemplo, si en una licitación pendiente de adjudicación el órgano de contratación acuerda motivadamente no suspender el procedimiento, debería publicarse el acuerdo de adjudicación en la Plataforma para que empiece a correr el plazo de 15 días para la interposición de eventuales recursos especiales en materia de contratación, transcurrido el cual pueda formalizarse el contrato y comenzar su ejecución. En otras palabras, sin dicha publicación, el acuerdo de adjudicación puede tener escasa virtualidad práctica. Y lo mismo puede ocurrir en muchos otros supuestos.

Si se interpone recurso especial, la suspensión podrá ser más prolongada de lo habitual, por los efectos que la aplicación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 tengan en los procedimientos tramitados ante el TACRC.”

2. Informe sobre modificación de un contrato de limpieza (18/3/20)

Vista la petición de informe del Sr. Delegado de Economía y Hacienda de XX, por el que propone modificar el contrato de limpieza que vence el próximo día 10 de julio de 2020, cúmpleme informar lo siguiente:

Se propone la modificación por cuanto, tras la situación creada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y las instrucciones de la Subsecretaría, la mayoría del personal presta servicios a distancia, y además se ha suspendido el servicio de atención al público. Por ello se entiende que concurre una circunstancia sobrevenida imprevisible que permitiría modificar el contrato al amparo del art. 205.2 b) de la Ley 9/2017. Y se propone la reducción del personal que presta el servicio de modo que de cuatro limpiadoras y un mozo de limpieza especializado, se pase a dos limpiadoras y el mozo; asimismo se propone la reducción del precio a abonar en proporción a la reducción de la prestación (que es del 48.30 %). Y se propone que la modificación surta efectos desde el 25 de marzo próximo hasta que se levanten las restricciones de asistencia física al puesto.

Una modificación como la prevista no tiene encaje legal, por cuanto es imposible determinar a priori a qué porcentaje del contrato afectaría, y además es imposible determinar la duración de esa medida.

En el contrato de obras sí se prevé la supresión o reducción de unidades de obra (art. 242), pero ello no se prevé para el contrato de servicios, incluso la Ley vigente ha eliminado la



previsión que existía en el anterior TR de la reducción o supresión de equipos a mantener o la sustitución de unos equipos por otros (art. 306)

En realidad lo que se postula es una suspensión parcial del contrato, pero la suspensión parcial del contrato no tiene cabida en el art. 208 de la Ley 9/2017, el cual solo prevé la suspensión de todo el contrato.

Por lo demás la medida no se ajusta al Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 el cual señala en su preámbulo:

“En concreto, las medidas adoptadas en este real decreto-ley están orientadas a un triple objetivo. Primero, reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables; segundo, apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo; y tercero, reforzar la lucha contra la enfermedad.

Y luego en el art. 34 prevé la suspensión de los contratos de servicios de prestación sucesiva cuando la ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o de las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, pero ello solo procederá cuando el órgano de contratación a instancia del contratista aprecie la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de dicha situación. De esa suspensión se excluyen expresamente los contratos de servicios de seguridad, limpieza o de mantenimiento de sistemas informáticos.

En fin con la modificación propuesta lo que se pretende es que el contratista soporte parte de la carga de la situación creada por el COVID-19, algo que no se acomoda a dicho RDL.

En cierto modo con esa modificación lo que se pretende es la aplicación de la doctrina del “factum principis” (hecho del príncipe) pero en sentido inverso a su significado originario. Ese principio alude a medidas adoptadas por la Administración en el ejercicio de sus potestades administrativas generales que modifican el contrato no de forma directa, sino indirecta. Requiere para que nazca un derecho de indemnización a favor del contratista, que las medidas le afecten especialmente, que sean imprevisibles, y que tengan una relación de causalidad con el daño causado. Pero este principio no se ha aplicado para reducir la prestación que tiene que realizar la Administración.

Desde luego en los contratos de larga duración el desequilibrio económico para una y otra parte puede provenir de circunstancias sobrevenidas al contrato que producen una excesiva onerosidad. Para estos supuestos en general en España se ha aplicado la doctrina del riesgo imprevisible, y se ha optado por la modificación antes que por la resolución del contrato. No obstante, hoy en día la modificación de los contratos está sometida a reglas muy estrictas. En concreto para los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, en la regulación del mantenimiento del equilibrio económico, la mayor onerosidad solo se tiene en cuenta en casos muy delimitados.

Pero en este supuesto concreto sobra analizar la posible aplicación de la teoría de la mayor onerosidad, por cuanto se trata de un contrato que va a vencer el próximo 1 de julio. Y además en un supuesto como el presente el reparto de la mayor onerosidad entendemos que no puede hacerse en función de los criterios que adopte cada uno de los órganos de contratación, sino que son el Gobierno o las Cortes Generales quienes han de fijar los criterios al respecto.

Por ello se informa desfavorablemente la propuesta de modificación del contrato de limpieza de la Delegación de Economía y Hacienda de XX.

3. Consulta sobre si procede al cerrarse edificios administrativos suspensión de contratos como seguridad o limpieza. (18/3/20)



Al haberse cerrado edificios administrativos no resulta preciso atender servicios tales como los de su seguridad o limpieza. Ante ello se plantea la duda de si procede una suspensión parcial de los contratos (art. 208 LCSP) o una modificación por circunstancias no previstas (art. 205 LCSP).

Aunque la modificación tenga la ventaja de ahorrar al Estado el pago de las indemnizaciones del 208.2 LCSP plantea el serio riesgo de que se califique como un fraude de ley para eludir el pago de dichas indemnizaciones, máxime cuando finalizado el estado de alarma sería precisa una nueva modificación y no tengo claro su encaje en el art. 208 LCSP (la declaración de estado de alarma es una circunstancia sobrevenida e imprevisible, su alzamiento no tanto). En esta línea habría que tener en cuenta que el Consejo de Estado en su dictamen 1093/1991 consideró que la facultad de suspender el contrato debía subsumirse dentro del "ius variandi" de la Administración. Supondría eso que la suspensión se configuraría como un tipo de modificación contractual, sujeto a un procedimiento especial y del mismo modo que no se permite acordar una prórroga por los cauces de la modificación contractual tampoco debiera permitirse su suspensión por esta vía de la modificación.

RESPUESTA

Consideramos acertado vuestro criterio. Lo que objetivamente concurre es una suspensión temporal del contrato, derivada del cierre de edificios administrativos acordado por la Administración. No es, en puridad, una modificación contractual, pues la prestación es la misma, solo que deja de realizarse temporalmente, por causas no imputables al contratista. Se suspende temporalmente la prestación de los servicios, pero ello no constituye, desde el punto de vista técnico-jurídico, una modificación. La LCSP regula ambas figuras, suspensión y modificación, como supuestos distintos, y cada uno ha de aplicarse cuando proceda, según las circunstancias concurrentes. Por ello, las cantidades que deben abonarse al contratista son las que contempla el artículo 208 de la LCSP para el supuesto de suspensión.

La vía de la modificación podría entrañar un fraude en perjuicio del contratista, pues el resultado perseguido sería solo el de ahorrar a la Administración el pago de las cantidades a las que legalmente tiene derecho.

Recordad que cuando la suspensión supera en el contrato de servicios los plazos del artículo 313, constituye causa de resolución. Por ello, antes de que llegue ese caso, en los supuestos de suspensión rige el artículo 208.

4. **Consulta sobre si los supuestos del apartado 6 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 (que quedan exceptuados del régimen de suspensión de los apartados 1 y 2), cabe acordar una suspensión "ordinaria" del contrato al amparo de la LCSP (artículos 190 y 208). (18/3/20)**

Buenos días, en relación con este tema, a la vista del art. 34 del RD Ley 8/2020, nos ha surgido una nueva duda en relación a la exclusión del art. 34.6 respecto de los contratos de limpieza y seguridad.

La cuestión es si con esa excepción se ha querido excluir la posibilidad ordinaria de suspender esos contratos conforme al art. 190 y 208 de la LCSP, pues en principio, de acuerdo a la literalidad de la norma, sólo se excluye de la suspensión automática del apartado 1, pero no el régimen ordinario de la LCSP. Sin embargo, dado que una de



las finalidades evidentes del apartado 1 es mantener el empleo (de ahí que se indemnice el coste salarial del personal adscrito al contrato que no pueda destinarse a otros servicios/suministros, pero no se indemnice en cambio el lucro cesante), nos ha surgido la duda de si la exclusión de dicho apartado 6 se refiere a la posibilidad de suspensión ordinaria (motivada por la innecesariedad de mantener todo el contrato con motivo del cierre de edificios/oficinas), porque es claro que el resto de supuestos del apartado 6 no iban a ser suspendidos (porque son claramente imprescindibles) pero los de seguridad y limpieza no tienen porque serlo en todo caso (y de hecho, pueden dejar de serlo tal cual están configurados). Por ejemplo, cerradas las oficinas de atención al público, deja de ser necesaria la vigilancia en las mismas (o al menos con el número de vigilantes actualmente exigidos) pero si acudimos a la suspensión parcial del art. 190 y 208, esos vigilantes serán objeto de un ERTE porque al contratista no se le indemnizan sus costes salariales sino sólo "Indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo".

RESPUESTA. Entiendo que la pregunta es si, en los supuestos del apartado 6 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 (que quedan exceptuados del régimen de suspensión de los apartados 1 y 2), cabe acordar una suspensión "ordinaria" del contrato al amparo de la LCSP (artículos 190 y 208).

En principio, entendemos que no. El artículo 34 del citado Real Decreto-ley 8/2020 es una norma excepcional, llamada a regular la situación contractual en el sector público durante el estado de alarma. Mientras dure, hay que estar a lo que dicha norma dispone. No es lógico que el legislador haya querido excluir la suspensión contractual en esos casos, y admitir al mismo tiempo la aplicación del régimen general de suspensión de la LCSP. De haber sido esa su intención, sin duda debería haberlo dicho expresamente, máxime cuando el artículo 34 es un precepto extenso, casuístico y prolijo.

Por otra parte, los supuestos que excepciona el apartado 6 del artículo 34 se refieren a servicios esenciales en una crisis sanitaria como la que estamos viviendo: limpieza, seguridad, servicios o suministros sanitarios y farmacéuticos, mantenimiento de servicios informáticos, servicios y suministros necesarios para garantizar la movilidad y la seguridad de las infraestructuras y servicios de transporte... Tiene todo el sentido que, mientras dure el estado de alarma, el legislador haya dispuesto que tales servicios no se suspendan. Ni con arreglo al artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, ni con arreglo a la LCSP.

5. **Informe sobre varias cuestiones relacionadas con la suspensión de algún trámite en el procedimiento de contratación. Necesidad de dar audiencia a todos los licitadores. Suspensión por interposición de recurso especial ante el TARCA. (18/3/20)**

1º. Posibilidad de publicar en la Plataforma la suspensión de algún trámite anunciado en un procedimiento de contratación (disposición adicional tercera del Real Decreto



463/2020). Como ya expresó la Subdirección, entendemos que la suspensión es automática y que no haría falta publicar acuerdos de suspensión en la Plataforma. Pero también dijimos que, siendo innecesario, nada obsta a que dicha publicación se produzca. Silvia García Malsipica circuló ayer una Instrucción de la Plataforma de Contratación del Sector Pública que contempla los trámites para publicar tanto acuerdos de suspensión, como decisiones motivadas de no suspensión. Si el órgano de contratación considera que la suspensión de determinado trámite (en tu caso, una visita in situ de los licitadores a las instalaciones en las que se ha de ejecutar el contrato) conviene publicarla, no hay problema jurídico ni creo que técnico.

2º. Posibilidad de no suspender la tramitación de un procedimiento de licitación ya ultimado y pendiente sólo de adjudicación: la disposición adicional tercera lo permite, de forma motivada.

Como cuestión relacionada con la anterior (y que se nos consulta mucho), ¿hay que dar audiencia a todos los licitadores para acordar motivadamente la no suspensión?. Entendemos que no. Hay que diferenciar los interesados en el procedimiento de contratación, que son todos los licitadores, y los interesados en la decisión de no suspensión, que en este caso, cuando el contrato está pendiente de adjudicación, sería solo el licitador propuesto como adjudicatario. Los demás licitadores podrán recurrir el acuerdo de adjudicación, ninguna indefensión se les causa por la decisión de no suspensión, en este estado de tramitación. Por lo demás, admitir que hubiera que dar audiencia a todos los licitadores implicaría admitir que con la mera oposición por parte de uno solo de ellos, la decisión de no suspensión de la Administración, hay que entender fundada en el interés público que subyace en el contrato, no podría llegar a adoptarse, lo que haría inútil y sin sentido la posibilidad que a tal efecto contempla la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020.

3º. Adjudicado un contrato, hay que esperar 15 días para proceder a su formalización, y en ese periodo de 15 días se puede interponer recurso especial, con efectos suspensivos si se recurre la adjudicación. Hay que entender que los plazos para tramitar y resolver el recurso ante el TARCR se suspenden, salvo que el Tribunal acuerde otra cosa motivadamente. Si se prolonga el estado de alarma más allá de quince días, no se podría formalizar el contrato ni dar comienzo a su ejecución, ¿Cómo se puede evitar este efecto?

Entendemos que esta cuestión, en cierto modo, nos excede como servicio jurídico. Si se prolonga el estado de excepción y hay constancia de la interposición de recursos contra la adjudicación, el órgano de contratación puede valorar la conveniencia de plantear al TARCR que se levante la suspensión, si realmente concurren razones de interés público. Cabe también aplicar la prórroga del contrato vigente, por imposibilidad de formalizar el nuevo, al amparo del artículo 29.4 de la LCSP, con el alcance que permite el artículo 34.1, penúltimo párrafo, del Real Decreto-ley 8/2020.

6. **Consulta sobre el artículo 34.1 del RD-L 8/2020 (párrafos primero y séptimo)**



report_Consulta
sobre el artículo 34.1

7. Consulta sobre si el artículo 34 del Real Decreto-I 8/2020, resulta aplicable a las sociedades estatales (y fundaciones del sector público)



report_Consulta
sobre si el artículo 34

8. Nota sobre la aplicación de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 a procedimientos sujetos a normativa comunitaria o internacional



report_Nota DA 3ª
RD 463-2020 a proce

9. Nota sobre la aplicación de la ampliación de plazo o prórroga previstas en el artículo 34.2 del Real Decreto-ley 8/2020 a los contratos menores



report_Nota art. 34
RD-ley 8-20 y contrat

10. Consulta sobre la forma en la que habrá de procederse en el momento que pierda vigencia la suspensión de los plazos Previstos por el rd 463/2020. Interpretación de la disposición Adicional tercera.



report_interpretación
de la reanudación de |

11. Nota sobre la aplicación del régimen de dispensa de garantías en los abonos a cuenta prevista en el artículo 16.2 del Real Decreto- ley 7/2020, en la redacción dada por la disposición final sexta del Real Decreto-ley 8/2020, a la contratación de emergencia de las CCAA.



report_01 - Nota
disposición final 6ª RL

(recopilación de informes recibidos entre el 16/3/20 y el 23/3/20)