

Modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 11/2020 en materia de contratación pública

Juan Alfonso Santamaría Pastor

Consejero asesor de Gómez-Acebo & Pombo

1 Resumen general

El Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, ha introducido (entre otros múltiples aspectos), algunas modificaciones en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, que estableció medidas de emergencia en relación con la contratación pública. Modificaciones que conviene tener presente pues aclaran algunas cuestiones de índole práctica que han sido objeto de muchas interpretaciones en los escasos quince días que separan ambas normas.

El resumen de estas modificaciones es el siguiente:

- a) del régimen de los contratos afectados por el Real Decreto-ley 8/2020, el Real Decreto-ley 11/2020 modifica únicamente las disposiciones relativas a los contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva cuya ejecución devenga imposible y a los contratos de obras (apartados 1 y 3 del artículo 34), con la excepción que después se dirá;
- b) modifica también el apartado 6 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, que enumeraba los concretos tipos de contratos a los que no serían de aplicación las normas establecidas por éste;
- c) y, finalmente, añade dos nuevos apartados 6 y 7, con objeto de precisar los conceptos de «contratos públicos» y «gastos salariales»; esta segunda aclaración afecta a todo el contenido del artículo 34.

Cabe asimismo reseñar, aunque no se trate de una modificación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, que la disposición final séptima del Real Decreto-ley ha modificado el artículo 29.4 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, para permitir que en los contratos de suministros (hasta ahora solo se preveía para los de servicios), se pueda establecer excepcionalmente un plazo de duración superior a cinco años cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y éstas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica.

Interesa, por último, indicar que las medidas extraordinarias en materia de contratación pública, tanto las previstas en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 como las modificaciones introducidas en este Real Decreto-ley, mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma (disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020 y disposición final duodécima del Real Decreto-ley 11/2020).

2 Modificaciones en el régimen de los contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva cuya ejecución devenga imposible (artículo 34.1)

Se limitan a tres correcciones y aclaraciones:

2.1 Se suprime, en el párrafo primero de este apartado, el término «automáticamente» con referencia a la suspensión del contrato. La supresión era lógicamente obligada, pues este adverbio era contradictorio e incompatible con lo establecido en el párrafo tercero de este mismo apartado. De acuerdo con ello, y tal como habíamos interpretado, la suspensión solo se aplicará una vez la declare el órgano de contratación a instancia del contratista.

2.2 Se introduce un nuevo párrafo tercero en este apartado, con el que se aclara que la suspensión del contrato puede ser no sólo total, sino también parcial (y, lógicamente, se dispone que los daños y perjuicios a abonar serán los correspondientes a la parte del contrato suspendida).

2.3 Se introduce también un nuevo párrafo cuarto, igualmente de finalidad aclaratoria, disponiendo, respecto de los gastos salariales a indemnizar al contratista, que si dichos gastos correspondieran al personal afectado por el permiso retribuido recuperable previsto en el Real Decreto-ley 10/2020, los mismos no tendrán el carácter de indemnización, sino de abono a cuenta por la parte correspondiente a las horas que sean objeto de recuperación, en los términos del artículo 3 del mencionado Real Decreto-ley, a tener en cuenta en la liquidación final del contrato.

A estas aclaraciones ha de añadirse la prevista en el nuevo apartado 8 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, según el cual el concepto de «gastos salariales» que figura en los diversos apartados del artículo 34 comprende las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondiera abonar.

3 Modificaciones en el régimen de los contratos de obras (artículo 34.3)

Del apartado 3 del artículo 34 se modifica únicamente (y de forma muy leve) su párrafo cuarto. Dicho párrafo se refería a los supuestos en los que la finalización del plazo de entrega de las

obras hubiera de tener lugar en alguna fecha comprendida dentro del período de vigencia del estado de alarma; estableciéndose que, en tales casos, el contratista podría solicitar una prórroga en el plazo de entrega final, siempre y cuando ofreciera el cumplimiento de sus compromisos pendientes si se le otorgase tal prórroga.

La modificación se limita a exigir que el contratista, para solicitar la prórroga o ampliación, deberá «cumplimentar la correspondiente solicitud justificativa» (frase final del párrafo, cuyo resto sólo tiene cambios estilísticos).

De igual forma que en los contratos a que se refiere el anterior epígrafe 2, téngase en cuenta la aclaración introducida por el nuevo apartado 8 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, según el cual el concepto de «gastos salariales» comprende las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondiera abonar.

4 Modificaciones en la enumeración de los contratos excluidos de la aplicación del Real Decreto-ley 8/2020 (nuevo artículo 34.6)

El apartado 6 del artículo 34, reiteradamente mencionado, excluía de la aplicación del régimen previsto en los apartados 1 y 2 del mismo artículo a cuatro tipos de contratos. El Real Decreto-ley 11/2020 introduce aquí tres modificaciones:

4.1 Dispone que no será de aplicación, a los contratos que luego enumera, «lo previsto en los apartados anteriores de este artículo»; como acaba de señalarse, la exclusión se limitaba, en el texto original del Real Decreto-ley 8/2020, a lo dispuesto «en los apartados 1 y 2 de este artículo».

4.2 Como excepción a lo previsto en el mismo párrafo inicial de este apartado 6, dispone que sí será aplicable a tales contratos «lo previsto en el penúltimo párrafo del apartado 1»; esto es, la previsión de que, si el vencimiento del plazo del contrato se produjera durante el período de vigencia del estado de alarma y, por la misma causa, no pudiera formalizarse el nuevo contrato que garantizase la continuidad del servicio, podrá prorrogarse el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato (previsión ésta que se establece en el último párrafo del artículo 29.4 de la Ley 9/2017 la que el Real Decreto-ley se remite expresamente).

4.3 La última modificación a este apartado se refiere exclusivamente a uno de los tipos de contratos excluidos, los de servicios de seguridad y limpieza. A tal efecto, se dispone —dicho sintéticamente— que la suspensión del contrato (prevista para los contratos no excluidos) podrá tener lugar si alguno o algunos de sus edificios o instalaciones de las Administraciones contratantes quedaran cerrados total o parcialmente, deviniendo imposible que el contratista preste la totalidad o parte de los servicios contratados, suspensión que podrá tener carácter total o parcial.

La modificación se completa con la previsión—esperable—de que el órgano de contratación ha de notificar al contratista los servicios de seguridad y limpieza que deban mantenerse en cada uno de los edificios, así como su fecha de reapertura.

5 Modificaciones en el ámbito de aplicación de las previsiones sobre contratos públicos del Real Decreto-ley 8/2020 (nuevo artículo 34.7)

El párrafo inicial de cada uno de los apartados 1 a 4 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 delimita su ámbito de aplicación aludiendo a «los contratos públicos» respectivos (de servicios, suministros, obras y concesión). El Real Decreto-ley 11/2020 precisa este concepto disponiendo, como dice su Exposición de Motivos, que «sólo tienen la consideración de contratos públicos aquellos que con arreglo a sus pliegos estén sujetos a la Ley de Contratos del Sector Público o a la de sectores excluidos».

Teniendo en cuenta que, según el momento en que se licitaran los contratos esta legislación ha podido variar, el texto del Real Decreto Ley concreta que «sólo» deberán ser considerados contratos públicos a los efectos del propio Real Decreto-ley aquéllos cuyos pliegos declaren su sujeción a las normas que enumera a continuación. Son las siguientes:

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público;
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público;
- Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero;
- Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

Es dudoso si la lista anterior es exhaustiva. Puede darse el caso de contratos todavía vigentes que se encuentren sometidos a la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público o, incluso, al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000. De esta forma, se plantea la duda, difícil de precisar en estos momentos dada la celeridad con la que se están aprobando estas disposiciones, de si los contratos sujetos a las normas legales no expresamente incluidas en la indicada lista tienen o no la consideración de contratos públicos a los efectos del artículo 34.

6 Modificaciones en el concepto de gastos salariales (nuevo artículo 34.8)

Como advertimos anteriormente, el nuevo apartado 8, añadido por el Real Decreto-ley 11/2020, introduce una norma aclaratoria que afecta al régimen de indemnizaciones a contratistas previsto en los apartados anteriores del artículo; norma según la cual el concepto de «gastos salariales» mencionado en dichos apartados comprende las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondiera abonar.

7 Modificación del artículo 29.4 de la Ley 9/2017

Como decimos, la Disposición final séptima modifica el párrafo segundo del apartado 4 del artículo 29 de la Ley 9/2017. Esta modificación incluye a los contratos de suministro, junto a los de servicio, permitiéndoles, excepcionalmente, que su duración exceda el plazo máximo de 5 años

«cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del suministro o servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación.»

Esta modificación resultaba, a nuestro juicio, necesaria en la medida en que no solo la ejecución de los contratos de servicios podía requerir inversiones que tuvieran un plazo de recuperación de la inversión superior a 5 años; lo que obligaba, en ocasiones, al incremento de los precios a efecto de amortizar la inversión en el plazo máximo de 5 años hasta ahora permitido por la Ley para este tipo de contratos.

No obstante, a pesar de que por su redacción parece una medida estructural con vocación de permanencia, no se prevé que tenga una vigencia definitiva; al contrario, está sometida al régimen general de la Disposición final duodécima, fijado en un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma.