



MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE LOS
SERVICIOS CONSULTIVOS

Ref.: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 34.4 DEL REAL DECRETO-LEY 8/2020, DE 17 DE MARZO, DE MEDIDAS URGENTES EXTRAORDINARIAS PARA HACER FRENTE AL IMPACTO ECONÓMICO Y SOCIAL DEL COVID-19.

La Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado ha examinado, al amparo de lo dispuesto en la Instrucción 3/2010, de 17 de mayo, sobre identificación y tratamiento de asuntos relevantes en el ámbito de la Abogacía del Estado y actuación procesal y consultiva de los Abogados del Estado, su propuesta de informe sobre la aplicación del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, a un contrato de concesión de servicios para la atención de las necesidades de cafetería y restauración de la Fundación EOI, F.S.P., cuya ejecución ha devenido imposible como consecuencia de las medidas adoptadas para combatir el COVID-19.

A la vista de los antecedentes y de la propuesta de informe remitida, este Centro Directivo emite el siguiente informe:

ANTECEDENTES

- 1) El 26 de abril de 2019, la Fundación EOI, F.S.P. suscribió un contrato cuyo objeto era la atención de las necesidades de cafetería y restauración en las instalaciones de la sede de EOI, las cuales comprenden la atención del personal que desarrolla su actividad en EOI, los alumnos y profesores de EOI y aquellas otras personas que, por motivos de colaboración, asistencia a reuniones y otros actos, estén autorizadas para acceder a EOI.
- 2) La ejecución de este contrato ha devenido imposible como consecuencia de las medidas adoptadas para combatir el COVID-19, dado que se ha

CORREO ELECTRÓNICO:

aeconsultivo@mjusticia.es

C/ AYALA, 5
28001 MADRID
TEL.: 91 390 47 55
FAX: 91 390 46 92

CSV : GEN-38bb-3de2-93de-8235-ad8e-d981-a25e-d9c9

DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : <https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm>

FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 30/03/2020 11:33 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 30/03/2020 11:33





interrumpido la actividad docente en la sede y la inmensa mayoría de los trabajadores de la Fundación se han acogido a la modalidad de teletrabajo. Por tanto, ha quedado automáticamente suspendido.

- 3) A efectos de determinar la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la suspensión, se formuló consulta al Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia jurídica, quien, tras exponer las razones por las que considera que el examinado no es un contrato de servicios, sino un contrato de concesión de servicios, al que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, plantea la siguiente cuestión en relación con la aplicación al caso concreto de dicho precepto:

“La duda que se plantea es la relativa a qué hay que entender por posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria. Si el adjudicatario mantiene los contratos de trabajo, los salarios no son adicionales, y si despiden a los trabajadores, tampoco habría gastos adicionales.

Creemos que la única forma de entender el precepto, se refiere a los costes salariales abonados durante el período en que se amplíe la duración inicial, siempre que el empresario los hubiera estado pagando mientras el contrato estuviera suspendido”.

- 4) Habida cuenta de la trascendencia de la cuestión planteada, el Abogado del Estado coordinador del convenio de asistencia con la Fundación EOI, F.S.P. remitió el proyecto de informe referido en el hecho anterior, para que por esta Subdirección General de los Servicios Consultivos de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado se confirme o corrija el criterio expuesto en el proyecto remitido, emitiendo al efecto el informe que en Derecho proceda.





FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- I -

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 (en adelante, Real Decreto-Ley 8/2020), establece en su artículo 34 una serie de medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19.

A efectos de interpretar adecuadamente este precepto ha de tenerse en cuenta que su finalidad consiste, según la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 8/2020, en “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”.

Por ello, continúa diciendo esta Exposición de Motivos que “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”.

Esta finalidad, la de paliar los perjuicios que para el contratista puedan derivarse de las medidas adoptadas para contener el COVID-19, es, pues, la que debe presidir la interpretación que se haga del artículo 34 del citado Real Decreto-Ley 8/2020.





Partiendo de la anterior consideración, ha de examinarse la sistemática de este artículo 34, el cual, a lo largo de sus distintos apartados, establece las consecuencias jurídicas que habrán de aplicarse a los contratos vigentes a la entrada en vigor Real Decreto-Ley 8/2020, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en función del impacto que hayan tenido en ellos del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo, distinguiendo los siguientes supuestos:

1º) Contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, cuya ejecución devenga imposible como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo (apartado primero del artículo 34.1 del Real Decreto-Ley 8/2020).

La consecuencia jurídica prevista para los contratos de esta tipología que se hallen en la circunstancia mencionada es la de su suspensión, que será declarada por el órgano de contratación, previa solicitud del contratista en los plazos y siguiendo el procedimiento que a tal efecto se disponen en este apartado. Los efectos de la suspensión, una vez declarada, se retrotraerán al momento en que se produjo la situación de hecho que impide su prestación y se extenderán hasta el momento en que dicha prestación pueda reanudarse.

En estos casos, la entidad adjudicadora deberá abonar al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos por éste durante el periodo de suspensión, previa solicitud y acreditación fehaciente de su realidad, efectividad y cuantía por el contratista. Dichos daños se limitarán a los que, con carácter taxativo, se establecen en el artículo 34.1 del Real Decreto-Ley 8/2020.

2º) Contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los anteriores (esto es, que no sean de prestación sucesiva), que no hayan perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19, cuando el contratista incurra en demora en el





cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia del COVID-19 o las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo (apartado segundo del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020).

En relación con estos contratos se prevé la posibilidad, bajo ciertas condiciones previstas en este precepto, de conceder al contratista una ampliación del plazo para la ejecución del contrato, que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor y sin que pueda procederse a la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato.

Adicionalmente, los contratistas tendrán derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubieran incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, hasta un límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato. Solo se procederá a dicho abono previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad y cuantía por el contratista de dichos gastos.

3º) Contratos públicos de obras que 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 (apartado tercero del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020).

En estos casos también podrá acordarse, a solicitud del contratista y siguiendo el procedimiento que se regula en este apartado, la suspensión del contrato, la cual, una vez declarada, se retrotraerá al momento en se produjo el hecho que impide su prestación y se prolongará hasta que la prestación pueda reanudarse.

Asimismo, el contratista será indemnizado por los conceptos que con carácter de *numerus clausus* se enumeran en este apartado, cuando el contratista





adjudicatario principal acredite fehacientemente que se cumplen las condiciones en él dispuestas.

4º) Contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios cuya ejecución resulte imposible como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo (apartado cuarto del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020).

En estos casos se reconoce el derecho del concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Este fin (el restablecimiento del equilibrio económico del contrato) podrá conseguirse mediante la aplicación, según proceda en cada caso, de una de las dos siguientes medidas alternativas:

- a) la ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15 por 100; o
- b) la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Añade el precepto que:

“Dicho reequilibrio en todo caso compensará 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 a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos”.

Esto significa que, mediante las medidas alternativas antes indicadas (ampliación del plazo de duración del contrato o modificación de sus cláusulas de





contenido económico), pretende compensarse al contratista por los perjuicios sufridos por dos conceptos, a saber:

- A) La pérdida de los ingresos procedentes de la explotación de la obra o prestación servicio que, con respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato, sufra en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.
- B) El incremento de los costes soportados, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato, en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.

La duda se plantea en el proyecto de informe en relación con el segundo de estos elementos, los costes soportados, entre los que, según el propio artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, se considerarán “los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado”, pues, como acertadamente se razona en el proyecto de informe, “si el adjudicatario mantiene los contratos de trabajo, los salarios no son adicionales, y si despiden a los trabajadores, tampoco habría gastos adicionales”.

Según el proyecto de informe, “la única forma de entender el precepto se refiere a los costes salariales abonados durante el período en que se amplíe la duración inicial, siempre que el empresario los hubiera estado pagando mientras el contrato estuviera suspendido”.

Este Centro Directivo, sin embargo, no comparte la anterior conclusión y ello en atención a la apreciación conjunta de las siguientes consideraciones:

- 1) En primer lugar, del sentido que resulta de la propia formulación gramatical de la norma. En efecto, en relación con el incremento de los costes soportados, de los que constituyen una especificación los posibles gastos salariales adicionales, tales costes (en este caso, gastos salariales adicionales) quedan referidos a un periodo preciso, cual es el periodo de duración de la situación de hecho creada por el





COVID-19 y que imposibilita la ejecución del contrato; así, se alude a “posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado (...) durante el periodo de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19”.

- 2) En segundo lugar, si la interpretación gramatical es el primer paso en la indagación del sentido de la norma, el resultado a que conduce esa interpretación gramatical queda confirmado por la interpretación lógica. En efecto, ha de tenerse en cuenta que el restablecimiento del equilibrio contractual no siempre se logrará mediante una ampliación del plazo del contrato, pues alternativamente podrá tener lugar, según se ha visto, modificando las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. De seguirse la interpretación mantenida en el borrador de informe, en los casos en los que se optase por reestablecer el equilibrio económico del contrato mediante estas modificaciones de las cláusulas de contenido económico, el contratista no podría ser compensado de los costes salariales adicionales en que hubiese incurrido, dado que no se produciría la ampliación del plazo del contrato.
- 3) En tercer lugar, y en línea con lo que acaba de indicarse, y desde un punto de vista teleológico, de entenderse que los costes salariales adicionales (enumerados como posibles) son los abonados durante el periodo de ampliación del plazo inicial del contrato (a condición de que el concesionario los hubiera satisfecho durante el periodo de suspensión del propio contrato), se llegaría a un resultado incoherente. En efecto, el incremento de los costes soportados (en el caso de que se trata, gastos salariales adicionales) encuentra exclusivamente la causa legal de su compensación en la situación de hecho creada por el COVID-19 y que determina la imposibilidad (temporal) de ejecución del contrato.

Pues bien, de entenderse que esos gastos salariales adicionales son los salarios abonados durante el periodo en que se amplíe la duración inicial del contrato, se estaría vinculando causalmente esos gastos





salariales adicionales no a la situación de hecho generada por el COVID-19, sino, distintamente, a una fórmula o mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico del contrato concesional, concretamente, al mecanismo de ampliación del plazo de duración inicial del contrato, y no al otro mecanismo –modificación de las cláusulas del contrato de contenido económico-, y no resulta admisible que el concepto compensable de que se trata (gastos salariales adicionales) surja con una fórmula o mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico del contrato (ampliación del plazo de su duración inicial) y no surja con la otra (modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato), puesto que tanto un mecanismo como el otro persiguen la misma y única finalidad –compensar en todo caso al concesionario por los conceptos a que alude el artículo 34.4, párrafo segundo, del Real Decreto-Ley 8/2020- sin poder dar lugar a tratamientos desigualitarios, como sucedería si se entendiese que los gastos salariales de que se trata quedan referidos a los abonados por el concesionario durante el periodo de ampliación del plazo inicial del contrato.

Por ello, entiende este Centro Directivo que los costes salariales adicionales que son compensables son aquéllos que, por encima de los previstos inicialmente para la ejecución ordinaria del contrato, se hubieran abonado efectivamente por el contratista durante la situación de hecho creada por el COVID-19.

No ignora este Centro Directivo que, en principio, los casos en que estos costes salariales adicionales puedan producirse serán limitados, dado que se parte de una situación en la que no puede continuar la ejecución del contrato. Sin embargo, cabe la posibilidad de que estos gastos adicionales se produzcan en determinados casos, como, por ejemplo, cuando el concesionario deba contratar, incorporando a su plantilla, el personal necesario para la conservación y el mantenimiento de la obra o servicio mientras dure la situación creada por el COVID-19 (cfr. Artículo 213 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público).





En todo caso, ha de tenerse presente que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, “solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.” Por tanto, para el supuesto de que el contratista hubiera incurrido efectivamente en costes salariales adicionales a los previstos inicialmente para la ejecución ordinaria del contrato, durante el tiempo en que como consecuencia de la situación generada por el COVID-19 no pueda ejecutarlo, incumbirá a él la carga de demostrar su realidad, efectividad e importe.

En virtud de todo lo expuesto, la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Única.- De acuerdo con lo dispuesto en el apartado cuarto del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, los gastos salariales adicionales que podrán compensarse al contratista, cuando la ejecución del contrato de concesión de obra o concesión de servicio devenga imposible como consecuencia de la situación generada por el COVID-19, son aquéllos que, de manera real y efectiva, el contratista acredite que se han devengado y abonado por él durante la situación de hecho creada por el COVID-19, por encima de los previstos para la ejecución ordinaria del contrato.

LA ABOGADA GENERAL DEL ESTADO
Consuelo Castro Rey

SR. ABOGADO DEL ESTADO-COORDINADOR
CONVENIO DE ASISTENCIA JURÍDICA
Fundación EOI, F.S.P.

