Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE LOS
SERVICIOS CONSULTIVOS

Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 31/2020 (R-344/202)

Al amparo de lo dispuesto en la Instrucción 3/2010, 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, por el Abogado del Estado coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con ICEX ESPAÑA EXPORTACIÓN E INVERSIONES (en adelante, ICEX) se ha elevado consulta sobre diversas cuestiones relacionadas con la posibilidad de suspender parcialmente un contrato de limpieza suscrito por dicha entidad, a la vista de lo dispuesto en el 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.

Examinada dicha consulta, por este Centro Directivo se emite el siguiente informe.

ANTECEDENTES

La propuesta de informe remitida por el Abogado del Estado-coordinador del Convenio de Asistencia Jurídica con el ICEX y sometida a consulta de este Centro Directivo analiza la posibilidad de que un contrato de limpieza adjudicado por el ICEX, actualmente en situación de prórroga ordinaria, pueda ser suspendido parcialmente conforme a lo dispuesto en el 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 (en adelante, RDL 8/2020), y, en particular si el ICEX, en su condición de poder no adjudicador, debe preceptivamente someterse a todo lo dispuesto en el citado precepto o si, por el contrario, puede modular los efectos establecidos en el mismo en virtud de acuerdo celebrado con el contratista.

CORREO ELECTRÓNICO:
aeconsultivo@mjusticia.es

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

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

A la propuesta de informe se acompaña un borrador de acuerdo entre el ICEX y la empresa adjudicataria del contrato de servicios de limpieza, en cuya parte expositiva, tras citar la Exposición de Motivos y el artículo 34 del RDL 8/2020, se indica lo siguiente:

> *"El citado artículo resulta de aplicación a los contratos públicos del sector público. Sin embargo, el apartado 7 del precepto (incorporado por el Real decreto ley 11/ 2020) puntualiza que a los efectos de este artículo solo tendrán la consideración de "contratos públicos" aquellos contratos que, con arreglo a sus pliegos, estén sometidos a la Ley de Contratos del sector público o a la Ley de Contratos de sectores especiales.*
>
> *Las entidades públicas empresariales son entidades de derecho público que actúan en régimen de derecho privado. Los contratos que formalicen son contratos privados cuyos actos iniciales de preparación y adjudicación se consideran "actos separables" sometidos a derecho público. Cuando la entidad no tiene la condición de poder adjudicador los procedimientos de adjudicación no están regulados en la Ley de Contratos, sino en sus propias instrucciones de contratación. Los actos de ejecución y extinción de estos contratos se hallan sometidos a derecho privado.*
>
> *Ello determina la viabilidad de modular, en estos casos, el régimen de suspensión automática establecido en el artículo 34 del Real decreto ley 8/2020."*

Partiendo de la premisa anterior, el borrador de acuerdo se aparta en algunos extremos de las disposiciones establecidas en el artículo 34 del RDL 8/2020, considerando que ello es posible en la medida en que exista la conformidad del contratista, dado que en sus efectos y extinción el contrato se somete a la normas del Derecho privado.

Sin embargo, considera este Centro Directivo que no es posible para el ICEX apartarse del régimen establecido en el artículo 34 del RDL 8/2020, por las consideraciones que seguidamente se exponen.

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

-I-

El análisis de la cuestión consultada exige examinar, en primer lugar, el ámbito de aplicación del artículo 34 del RDL 8/2020, que resulta de la interpretación conjunta de los distintos apartados del precepto.

El referido artículo 34 establece medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19 en relación con "*Los contratos públicos se servicios y de suministros de prestación sucesiva vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por la entidades pertenecientes al sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 3/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 201424/UE, de 26 de febrero de 2014"* (apartado 1); *"(…) los contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por entidades pertenecientes al sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 3/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público"* (apartado 2); (…) "*los contratos públicos de obras, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley, celebrados por entidades pertenecientes al sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 3/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público"* (apartado 3"); los "*los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios, vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por entidades pertenecientes al sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 3/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público"* (apartado 4); y "(…) *los contratos vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por entidades del sector público con sujeción a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre*

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

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, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales" (apartado 5).

En consecuencia, para que un contrato esté sometido a las medidas que se establecen en el artículo 34 del RDL 8/2020 deben concurrir los siguientes requisitos, según la interpretación literal del precepto:

1º.- Desde el punto de vista subjetivo, debe tratarse de un contrato celebrado por alguna de las entidades pertenecientes al sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 3/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 201424/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Es preciso, por tanto, acudir a lo dispuesto en el citado artículo 3 de la LCSP, que dispone lo siguiente:

Artículo 3. Ámbito subjetivo.

1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.

d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.

e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.

h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

i) Los fondos sin personalidad jurídica.

j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

k) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas las siguientes entidades:

a) Las mencionadas en las letras a), b), c), y l) del apartado primero del presente artículo.

b) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Las fundaciones públicas.

c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

4. Los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la Ley 19/1977, de 1 de

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del presente artículo, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente.

Los sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto en el párrafo anterior y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Estas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web.

5. Asimismo, quedarán sujetos a esta Ley las Corporaciones de derecho público cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del presente artículo.

El artículo 3 de la LCSP enumera en su apartado 1 las entidades que forman parte del sector público a los efectos de aplicación de dicha Ley, y, de entre dichas entidades, el apartado 2 concreta cuáles tienen la consideración de Administraciones Públicas, y el apartado 3 cuáles se consideran poderes adjudicadores.

Sin embargo, el artículo 34 del RDL 8/2020 se remite de forma íntegra al artículo 3 de la LCSP y no sólo a alguno de sus apartados, por lo que, al no haber distinguido el legislador, debe concluirse que el artículo 34 del RDL 8/2020 se aplica a todas la entidades mencionadas en el artículo 3 de la LCSP, con independencia de que sean a no Administraciones Públicas o poderes adjudicadores. Dicho en otros términos, remitiéndose el artículo 34 del RDL 8/2020 al artículo 3 de la LCSP, el legislador tuvo que tener en cuenta forzosamente que este último precepto comprende entidades cuya configuración y régimen jurídico de contratación no es el mismo, y, pese a ello, no se ha diferenciado en el repetido artículo 34 según se trata de unas y otras entidades.

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

2º.- Desde el punto de vista temporal, el artículo 34 del RDL 82020 se aplica a contratos que estuvieran vigentes a la entrada en vigor de aquél.

3º.- Desde el punto de vista objetivo, el artículo 34 del RDL 20/2020 se aplica a "contratos públicos".

En su redacción originaria el artículo 34 no definía qué debía entenderse por "contratos públicos", habiéndose introducido posteriormente dicha definición por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (en adelante, RDL 11/2020), que añade un apartado 7 al artículo 34 del RDL 8/2020 con la siguiente redacción:

> *"7. A los efectos de este artículo sólo tendrán la consideración de «contratos públicos» aquellos contratos que con arreglo a sus pliegos estén sujetos a: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014; o al 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; o a la 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, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales; o a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad."*

Es de destacar que el RDL 8/2020 utiliza la expresión "contratos públicos", y no la más restringida de "contratos administrativos", por lo que debe concluirse que también los contratos privados celebrados por las entidades mencionadas en el artículo 3 de la LCSP, siempre que estén sujetos a la LCSP y demás leyes

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

mencionadas en el apartado 7 del artículo 34 del RDL 8/2020, se incluyen dentro del ámbito de aplicación de este último precepto.

Entre las entidades mencionadas en el artículo 3 de la LCSP existen entidades de Derecho Público que actúan en régimen de Derecho público (como las Administraciones Públicas), entidades de Derecho público que actúan en régimen de Derecho privado (como las Entidades Públicas Empresariales), y entidades de Derecho privado que actúan en régimen de Derecho privado (como las sociedades estatales o las fundaciones del sector público), sin que el artículo 34 del RDL 8/2020 -ni en su redacción originaria ni en la redacción posteriormente dada por el RDL 11/2020- haya hecho distinción alguna en función del régimen jurídico de Derecho público o privado a que esté sometido el contrato que pretende suspenderse como consecuencia de la situación generada por el COVID-19.

El artículo 34.7 del RDL 8/2020, al disponer que a los efectos de dicho precepto sólo tendrán la consideración de «contratos públicos» aquellos contratos que con arreglo a sus pliegos estén sujetos a la LCSP, exige tomar en consideración lo dispuesto en el artículo 2 de dicha Ley, que, al delimitar su ámbito de aplicación, establece que *"Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3*".

Más adelante, el artículo 24 de la LCSP establece que "*Los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado"*. Tras definir en su artículo 25 los contratos administrativos, el artículo 26 establece en su apartado 1 que tienen la consideración de contratos privados lo siguientes:

> *"a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior.*

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador."

En los apartados siguientes el artículo 26 de la LCSP regula el régimen jurídico de los contratos privados:

"2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1.º y 2.º de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

3. Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación.

En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205.

4. Los contratos que celebren las Entidades del Sector Público que no posean la condición de poder adjudicador, se regirán por lo dispuesto en los artículos 321 y 322.

En lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación."

En concreto, y en relación con los contratos privados que celebran las entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores –que es el concreto supuesto sometido a consulta-, también están sometidos a la LSCP ya que deben regirse por lo dispuesto en los artículos 321 y 322 de dicha Ley, estableciendo el primero de ellos que la adjudicación de contratos por dichas entidades "*se ajustará a las siguientes reglas*", señalando que los órganos competentes de estas entidades "*aprobarán unas instrucciones en las que regulen los procedimientos de contratación de forma que quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudiquen a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145*", y estableciendo a continuación un procedimiento para la adjudicación de contratos sin necesidad de aplicar instrucciones de contratación.

Además, el apartado 5 del artículo 321 dispone que "*Las actuaciones realizadas en la preparación y adjudicación de los contratos por las entidades a las que se refiere el presente artículo, se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria*."

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

Por todo lo expuesto, si bien el artículo 322.1 de la LCSP indica que "*Los efectos, modificación y extinción de los contratos de las entidades del Sector Público que no ostenten la condición de poder adjudicador se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación*", de ello no puede concluirse que se trate de contratos no sometidos a la LCSP a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34.7 del RDL 8/2020. Como ha quedado expuesto, dicho precepto considera "contratos públicos" a todos los contratos que estén sujetos a la LCSP, y los celebrados por entidades que no tengan la consideración de poderes adjudicadores están sometidos a lo dispuesto en los artículos 321 y 322 de dicha Ley, por más que dichos preceptos hagan a su vez una remisión a Instrucciones de contratación en cuanto al procedimiento de adjudicación, o al Derecho privado en cuanto a los efectos, modificación y extinción.

- II-

La conclusión que se desprende de la interpretación literal del artículo 34 del RDL 8/2020 se corrobora si se atiende, además, al espíritu y finalidad de la norma, que es el principal criterio hermenéutico con el que ha de ser interpretada según las reglas que a tal efecto establece el artículo 3.1 del Código Civil.

Para indagar sobre el espíritu y finalidad del reiterado artículo 34 debe acudirse a lo indicado en la Exposición de Motivos del RDL 8/2020, que establece lo siguiente:

> *"Ante la situación de emergencia de salud pública y pandemia internacional, el Gobierno adoptó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. La contención de la progresión de la enfermedad supone limitaciones temporales a la libre circulación junto con la reducción de la oferta laboral debido a las medidas de cuarentena y contención. Estas circunstancias se traducen en una perturbación conjunta de demanda y oferta para la economía española, que afectará a las ventas de las empresas, generando tensiones de liquidez que podrían derivar en problemas de solvencia y pérdida de empleos si no se adoptan medidas urgentes de estabilización.*

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

En este contexto, la prioridad absoluta en materia económica radica en proteger y dar soporte al tejido productivo y social para minimizar el impacto y lograr que, una vez finalizada la alarma sanitaria, se produzca lo antes posible un rebote en la actividad."

Más adelante la Exposición de Motivos indica que uno de los tres objetivos a que se orientan las medidas que establece el RDL 8/2020 –junto con el de reforzar la protección de los trabajadores, las familias y los colectivos vulnerables, y el de reforzar la lucha contra la enfermedad-, es el de "*apoyar la continuidad en la actividad productiva y el mantenimiento del empleo".* Con esa finalidad se considera indispensable "*adoptar determinadas medidas para reforzar la liquidez del tejido productivo y evitar la salida del mercado de empresas solventes afectadas negativamente por esta situación transitoria y excepcional"*.

Por ello, el capítulo III del RDL establece, según la Exposición de Motivos, "*diversas medidas de garantía de liquidez para sostener la actividad económica ante las dificultades transitorias consecuencia de la situación generada por el COVID-19*", entre ellas "*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".* Por ello, "*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"*.

Dicho régimen específico de suspensión de "contratos del sector público" es el contenido en el artículo 34 que se analiza, que toma en consideración como presupuesto de hecho la imposibilidad de ejecución de los contratos derivada de la actual emergencia sanitaria -se alude a contratos "*cuya ejecución devenga*

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

imposible como consecuencia del COVID 19"-, y es indudable que esas dificultades de ejecución concurren en todos los contratos del sector público, con independencia de que las entidades contratantes sean entidades de Derecho público o entidades de naturaleza privada pertenecientes al sector público, y de que el contrato esté sometido a normas de Derecho público o de Derecho privado.

Considera este Centro Directivo que, desde el punto de vista de la finalidad tuitiva de la norma, no tendría sentido, por ejemplo, que se privara de la protección otorgada por el RDL 8/2020 a un adjudicatario que ha contratado con una entidad pública en virtud de un instrumento sometido en sus efectos y extinción al Derecho privado, mientras que sí tuviera dicha protección un adjudicatario de un contrato celebrado por otra entidad pública sometido en este último caso al Derecho público, cuando, por un lado, ambos contratistas forman parte del mismo "tejido productivo" al que se refiere la Exposición de Motivos del RDL 8/2020 y están sometidos de igual forma a los efectos económicos y sociales adversos derivados de la pandemia, y, por otro lado, ambas entidades públicas buscan, en definitiva, la satisfacción de intereses generales y públicos, por más que se articulen jurídicamente de modo diferente.

En conclusión, la finalidad de evitar efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial que constituye la *ratio iuris* del artículo 34 del RDL 8/2020 está presente en todos los contratos celebrados por las entidades mencionadas en el artículo 3 de la LCSP, con independencia de que éstas sometan su actuación al Derecho público o al Derecho privado.

-III-

Concretado, pues, el ámbito de aplicación del artículo 34 del RDL 8/2020, debe analizarse a continuación el concreto supuesto consultado por el ICEX, cuyos Estatutos, aprobados por Real Decreto 1636/2011, de 14 de noviembre, establecen en su artículo 1 que tiene la consideración de Entidad Pública Empresarial.

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

El artículo 2 establece su régimen jurídico en los siguientes términos:

> *"El ICEX, conforme establece el Real Decreto-ley 4/2011, de 8 de abril, de medidas urgentes de impulso a la internacionalización, estará sujeto al derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de potestades administrativas que tenga atribuidas y en aquellos otros aspectos en que así se establezca específicamente en este real decreto o resulte de lo previsto para las entidades públicas empresariales tanto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, como en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y demás normativa presupuestaria que le sea de aplicación".*

El artículo 3 describe los fines del ICEX, disponiendo en su apartado 1 que "*En el marco de la política económica del Gobierno, ICEX tiene como fines la promoción de la internacionalización de la economía y de la empresa española y la mejora de su competitividad, así como la atracción y la promoción de las inversiones extranjeras en España*". El artículo 4 concreta las funciones que se le atribuyen, estableciendo expresamente en su apartado 2 que *"los fines y las funciones respectivamente recogidas en el artículo 3 y el apartado anterior de este artículo, se consideran de interés general*".

En consecuencia, y por más que el ICEX no ostente la consideración de poder adjudicador y que, como norma general someta su actividad a las normas de Derecho privado, al ser una Entidad Pública Empresarial de las mencionadas en el artículo 3.1 g) de la LCSP que gestiona fines de interés general, entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 34 del RDL 8/2020 por imperativo legal, sin que pueda apartarse de lo dispuesto en dicho precepto por un acuerdo de voluntades suscrito con su contratista.

Tratándose el supuesto consultado de un contrato de limpieza, al mismo le resultará aplicable lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 34 del RDL 8/2020 sobre suspensión total o parcial de los contratos de servicios de prestación sucesiva, así como lo dispuesto específicamente en el apartado 6 para los contratos de servicios de seguridad o limpieza.

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00

CONCLUSIONES

Primera.- El 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, se aplica a todas las entidades integrantes del sector público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 3/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 201424/UE, de 26 de febrero de 2014, con independencia de que tengan o no la consideración de poderes adjudicadores.

Segunda.- ICEX ESPAÑA EXPORTACIÓN E INVERSIONES deberá sujetar la posible suspensión del contrato de servicios de limpieza de sus edificios a lo dispuesto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, sin que pueda apartarse del mismo en virtud de un acuerdo de voluntades celebrado con el contratista.

LA ABOGADA GENERAL DEL ESTADO
Consuelo Castro Rey

SR. ABOGADO DEL ESTADO – JEFE / COORDINADOR DEL CONVENIO DE ASISTENCIA JURÍDICA CON ICEX ESPAÑA EXPORTACIÓN E INVERSIONES
Ministerio de Industria, Comercio y Turismo
Paseo de la Castellana 160, 3º planta,
280071 - Madrid

Código seguro de Verificación : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2 | Puede verificar la integridad de este documento en la siguiente dirección : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm

CSV : GEN-6a04-5d73-a7eb-8f48-0e40-7c74-6f53-b4c2
DIRECCIÓN DE VALIDACIÓN : https://sede.administracion.gob.es/pagSedeFront/servicios/consultaCSV.htm
FIRMANTE(1) : CONSUELO CASTRO REY | FECHA : 14/04/2020 12:59 | Sin acción específica | Sello de Tiempo: 14/04/2020 13:00