



INFORME 4/2020 DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA, SOBRE DIVERSAS CUESTIONES DERIVADAS DE LA LEY 7/2020 DE 6 DE ABRIL.

La Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública, en sesión celebrada el día 19 de mayo de 2020 aprobó por unanimidad, el siguiente informe:

ANTECEDENTES

El día 11 de mayo de 2020, tiene entrada en el buzón de correo electrónico de la Junta de Contratación, escrito firmado por el Consejero de Presidencia, Igualdad, Función Pública e Interior del Gobierno de Navarra en el que, tras la sesión de la comisión de coordinación se plantean diferentes cuestiones relacionadas con:

- A) Cuestiones referidas al ámbito de aplicación del artículo 2 de la LF2/2020, en relación con los artículos 4 y 5 de la LF7/2020.
- B) Cuestiones referidas al artículo 2.4 LF7/2020:
- C) Cuestiones referidas a los contratos de concesión
- D) Cuestiones referidas a las prestaciones que continuaban realizándose tras la finalización de los contratos (como señala la petición de informe, se retribuyen mediante la aplicación de la institución del “enriquecimiento injusto”) se plantean varias cuestiones.
- E) Cuestiones referidas a la aplicación temporal de las normas

CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y CONCLUSIONES

PRIMERA.

De acuerdo con el artículo 8.a) del Decreto Foral 74/2019, de 26 de junio, por el que se regula la Junta de Contratación Pública (DFJCP), están facultados para pedir informes los titulares de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, en representación de los mismos y de los organismos públicos, sociedades públicas y fundaciones del sector público que tengan adscritos o bajo su tutela.

SEGUNDA.

Tal como establece el artículo, 2.1.c) DFJCP, es función de la Junta Informar a las personas y entidades sometidas a la Ley Foral de Contratos Públicos y a las organizaciones empresariales, profesionales y sindicales afectadas por la contratación pública sobre cuestiones relacionadas con dicha materia que se sometan a su consideración.

Esta apreciación competencial es relevante puesto que delimita un ámbito concreto, y al mismo tiempo de forma implícita, excluye del mismo cualesquiera otras cuestiones de tipo jurídico que no afecten al sistema de contratación pública establecido por la Ley Foral 2/2018, de 16 de abril, de Contratos Públicos (LFCP).

TERCERA.

Resulta evidente, y queda extensamente explicado en la exposición de motivos de cada una de las normas que se han aprobado para hacer frente a la situación sanitaria, social, económica etc. derivada del COVID-19, que nos encontramos en un momento excepcional, que ha requerido y requiere normas cuyo procedimiento de aprobación y contenido son igualmente excepcionales y cuya finalidad es, en consonancia, determinada, y determinante de la interpretación que de las mismas deba llevarse a cabo. En este momento, el Derecho Común adquiere más significado que nunca y a estos efectos resultan especialmente ilustrativos algunos artículos de nuestro Código Civil, cuando afirma *"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"* (artículo 3.1), *"La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita"* (artículo 3.2) o *"Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplan*

un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón" (artículo 4.1).

Así pues, el presente informe y todas sus conclusiones, se emiten a la luz de lo anterior, en el intento del mayor respeto a *la ratio legis* del conjunto normativo examinado, y a los principios generales del Derecho entre los que es preciso destacar la equidad, que tiene reflejo en la obligación que adquiere la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y el Sector Público en su conjunto de actuar conforme al principio de buena fe y confianza legítima (artículo 6.2.i) de la Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo de la Administración de la Comunidad Foral y del Sector Público Institucional Foral).

CUARTA.

Entrando ya al fondo de las cuestiones que se plantean, a los efectos de una mejor comprensión del conjunto, se responderá a las cuestiones en el orden en que se plantean en relación con el texto del artículo 2 de la LF7/2020, que se transcribe en lo necesario, agrupándolas, conforme a la consulta presentada, por las disposiciones afectadas.

A) Cuestiones referidas al ámbito de aplicación del artículo 2 de la LF2/2020, en relación con los artículos 4 y 5 de la LFCP.

- *Artículo 2 LF7/2020*

1. *Los contratos públicos que tengan por objeto servicios y suministros de prestación sucesiva, vigentes a la entrada en vigor de esta ley foral, celebrados por las entidades sometidas a la normativa de contratación pública vigente en la Comunidad Foral de Navarra en el momento de la adjudicación de cada contrato, cuya ejecución devenga total o parcialmente imposible.*

2. *En los contratos públicos que tengan por objeto servicios y suministros distintos de los referidos en el punto anterior, vigentes a la entrada en vigor de esta ley foral, celebrados por las entidades sometidas a la normativa de contratación pública vigente en la Comunidad Foral de Navarra en el momento de la adjudicación de cada contrato, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia.*

3. *En los contratos públicos que tengan por objeto obras, vigentes a la entrada en vigor de este Decreto-ley Foral, que celebren las entidades sometidas a la normativa de contratación pública vigente en la Comunidad Foral de Navarra en el momento de la adjudicación de cada contrato, siempre y cuando éstos no hubieran perdido su finalidad como consecuencia.*

- *Artículo 4.1.d) LFCP: "Esta Ley Foral se aplicará a los contratos públicos celebrados por las siguientes entidades:*

e) Las entidades públicas empresariales y entidades de derecho público, consorcios, sociedades mercantiles y laborales, fundaciones u otros entes, o asociaciones de cualesquiera de

ellos, dotados de personalidad jurídica, pública o privada, vinculados o dependientes de las entidades mencionadas en los apartados anteriores, en los que concurran conjuntamente estos requisitos:

1.º Que en su actividad satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y no asuman riesgo empresarial.

2.º Que las Administraciones Públicas financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia.”

- Artículo 5. Extensión a contratos celebrados por otras entidades.

Se encuentran igualmente sometidos a esta ley foral por su objeto los siguientes contratos de entidades no incluidas dentro del ámbito subjetivo de esta ley foral:

a) Los contratos de obras que tengan por objeto prestaciones de ingeniería civil de las contempladas en el Anexo I de esta ley foral y los contratos de obras de construcción de hospitales, centros deportivos, culturales, recreativos y de ocio, edificios escolares y universitarios y edificios de uso administrativo celebrados por personas o entidades privadas cuando hayan sido subvencionados directamente en más de un 50% por las entidades sometidas a obligaciones de contratación pública.

b) Los contratos de servicios suscritos por personas o entidades privadas vinculados a los contratos de obras señalados en la letra anterior cuando hayan sido objeto de subvención directa en más de un 50% por las entidades sometidas a obligaciones de contratación pública.

- Artículo 34.2 LFCP: “El régimen jurídico de los contratos que celebren los poderes adjudicadores que no reúnan la condición de Administración Pública será el siguiente:

a) En cuanto a su preparación y adjudicación, los contratos se regirán por esta ley foral.

b) En lo relativo a efectos y extinción les serán de aplicación las normas de Derecho Privado, salvo lo establecido en esta ley foral sobre condiciones especiales de ejecución, modificación y subcontratación.”

En relación con los preceptos transcritos se plantean las siguientes cuestiones:

A.1) Para que una entidad se entienda comprendida en el artículo 4.1.e) LFCP, ¿es preciso, como parece desprenderse de una interpretación literal, que la misma debe estar vinculada o ser dependiente de las entidades señaladas en las letras anteriores, además de que se cumplan los dos requisitos especificados? O, ¿es exclusivamente el cumplimiento de los dos requisitos lo que determina la vinculación o dependencia?

De acuerdo con la jurisprudencia europea, que ha sido recogida por la Directiva 24/2014 y posteriormente reflejada en el artículo 4 de la LFCP al regular el ámbito subjetivo de aplicación, la consideración de poder adjudicador, y en consecuencia el sometimiento de una entidad a las normas de contratación pública recogidas en la LFCP viene determinada, no por su forma jurídica sino por la consideración de dicha entidad como “organismo de Derecho Público”, cuestión que se mide por el cumplimiento acumulativo de tres requisitos: existencia de personalidad jurídica propia, control público por parte de una Administración y realización, al menos parcial, de actividad de interés general.

Para responder a la concreta cuestión que se plantea, procede afirmar que la consideración de una entidad como poder adjudicador se deriva del cumplimiento de los dos requisitos señalados: a) que satisfagan, al menos parcialmente, fines de interés público que no tengan carácter industrial o mercantil y no asuman riesgo empresarial y b) Que las Administraciones Públicas financien, directa o indirectamente, más de la mitad de su actividad, o bien tengan influencia dominante sobre las mismas a través de mecanismos que controlen su gestión, o bien permitan designar a más de la mitad de los miembros de sus órganos de administración, de dirección o de vigilancia. Este último requisito es una concreción, y la manifestación de la vinculación a una Administración. En particular, la financiación mayoritaria es una prueba, tal vez la menos discutible entre otras posibles, de dicha vinculación. Así lo ha manifestado la [STJCE de 3 de octubre de 2000 \(Sala Quinta\) en el asunto C-380/98, apartado 33.](#)

A.2) ¿Estas entidades están “sometidas a la normativa de contratación pública”, en la dicción empleada por el artículo 2 de la Ley Foral 7/2020, y por tanto a esta Ley Foral, aun cuando su contratación solo lo está parcialmente? Así, por ejemplo, no están sometidas a la normativa de contratación pública en materia de suspensión. ¿Los contratos celebrados por estas entidades son contratos privados o públicos a efectos de determinar la aplicación a los mismos del artículo 2 de la Ley Foral 7/2020?

La Ley Foral 2/2018, de 16 de abril, se denomina “de Contratos Públicos” en una clara manifestación de su voluntad de aunar bajo un mismo paraguas a todos los contratos que se regulan en su articulado, poniendo el

acento en aquello que comparten y que los caracteriza, que no es otra cosa que el requisito sin el que ningún contrato puede celebrarse, la existencia de un interés público ejecutado por un organismo de Derecho Público en el sentido ya expuesto en el punto anterior. En consecuencia, todos los contratos, cuyo objeto esté contemplado en el artículo 3 LFCP y sean celebrados por entidades comprendidas en el artículo 4 LFCP, son públicos, y su sometimiento a un diferente régimen jurídico (administrativo o no) en la ejecución deviene accesoria, porque no se fundamenta en la diferente naturaleza de la necesidad que ha dado lugar al contrato (que es pública en todo caso), sino exclusivamente en la diferente naturaleza formal, pero no funcional, del poder adjudicador, que en caso de no ser Administración pública no puede hacer uso de las prerrogativas propias de ésta.

Por lo tanto, esta diferencia en nada determina la aplicación a los contratos públicos de entidades con personalidad jurídica privada de las previsiones de la LF7/2020. A mayor abundamiento, la propia exposición de motivos del Decreto-Ley Foral 2/2020, hace referencia exclusivamente a los contratos públicos, categoría en la que ya se ha visto deben enmarcarse también los celebrados por entidades privadas, sin mencionar en ningún momento el tipo de entidad que los ha celebrado.

A.3) Es frecuente en el ámbito cultural la existencia de asociaciones cuyo único vínculo o dependencia de las Administraciones Públicas radica en que éstas financian más de la mitad de su actividad. ¿Están sometidos sus contratos, además de a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley Foral 11/2005, de 9 de noviembre, de Subvenciones, a lo dispuesto en la LFCP, y a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Foral 7/2020, de 6 de abril?

De acuerdo con lo establecido expresamente por la Ley Foral 7/2020, su contenido es aplicable a los contratos públicos celebrados por las entidades sometidas a la normativa de contratación pública vigente en la Comunidad Foral de Navarra en el momento de la adjudicación de cada contrato, y en consecuencia, en tanto que una entidad con personalidad, sea cual sea su forma jurídica, pueda considerarse poder adjudicador y haya adjudicado un contrato al amparo de las normas de la LFCP (un contrato público, por tanto), cuya ejecución haya devenido imposible, total o parcialmente, en los términos establecidos por la misma LF7/2020, su contenido debe serle aplicado.

A este respecto conviene también recordar que el artículo 5 LFCP, contiene normas de aplicación de su contenido, no en función de las características del sujeto contratante sino en razón de las características del objeto contratado, siempre que exista financiación pública en más del 50%. A estos contratos le son de aplicación las prescripciones de la LFCP, y de acuerdo con lo expuesto anteriormente, también las del artículo 2 LF7/2020.

B) Cuestiones referidas al artículo 2.4 LF7/2020:

- *Artículo 2.4. LF7/2020: En los supuestos recogidos en los apartados 1 a 3 de este artículo no procederá la imposición de penalidades al contratista ni la resolución del contrato. Además, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el párrafo segundo de este punto, serán indemnizables los siguientes conceptos:*

1.º Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión. A estos efectos, debe entenderse que los gastos salariales incluyen todas las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondan.

En los contratos de servicios o suministros a que se refiere el apartado 2 de este artículo, el derecho al abono de los gastos salariales adicionales en los que efectivamente hubiera incurrido como consecuencia del tiempo perdido con motivo del COVID-19, no excederá del límite máximo del 10 por 100 del precio inicial del contrato, IVA incluido.

En los contratos de obras los gastos salariales a abonar, siguiendo el VI convenio colectivo general del sector de la construcción 2017-2021, publicado el 26 de septiembre de 2017, o convenios equivalentes pactados en otros ámbitos de la negociación colectiva, serán el salario base referido en el artículo 47.2.a del convenio colectivo del sector de la construcción, el complemento por discapacidad del artículo 47.2.b del referido convenio, las gratificaciones extraordinarias del artículo 47.2.b y la retribución de vacaciones, o sus conceptos equivalentes respectivos pactados en otros convenios colectivos del sector de la construcción. En todo caso, los gastos deberán corresponder al personal indicado que estuviera adscrito a la ejecución ordinaria del contrato antes del 14 de marzo y continúe adscrito cuando se reanude.

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

3.º Los gastos de alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido y su importe sea inferior al coste

de la resolución de tales contratos de alquiler o mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos.

4.º Los gastos correspondientes a las pólizas de seguro previstas en el pliego y vinculadas al objeto del contrato que hayan sido suscritas por el contratista y estén vigentes en el momento de la suspensión del contrato.

El reconocimiento del derecho a las indemnizaciones y al resarcimiento de daños y perjuicios que se contempla en este artículo únicamente tendrá lugar cuando el contratista principal acredite fehacientemente que se cumplen las siguientes condiciones:

–Que él mismo, los subcontratistas, proveedores y suministradores que hubiera contratado para la ejecución del contrato estaban al corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020.

–Que él mismo estaba al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de pago a sus subcontratistas y suministradores en los términos previstos en el artículo 153 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, a fecha 14 de marzo de 2020.

La aplicación de lo dispuesto en este punto solo procederá cuando el órgano de contratación, en el plazo de cinco días naturales desde que así lo inste el contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato en los términos inicialmente pactados, como consecuencia de la situación descrita en los apartados 1 a 3 de este artículo. Con esta finalidad el contratista deberá dirigir su solicitud al órgano de contratación reflejando: las razones por las que la ejecución del contrato ha devenido imposible, el personal, las dependencias, los vehículos, la maquinaria, las instalaciones y los equipos adscritos a la ejecución del contrato en ese momento; y los motivos que imposibilitan el empleo por el contratista de los medios citados en otro contrato, así como la realidad, efectividad y cuantía de dichos gastos, y el mantenimiento del empleo adscrito a la ejecución del contrato durante todo el periodo objeto de la solicitud. En caso de que entre el personal citado en la solicitud se encuentren personas afectadas por el permiso retribuido recuperable, de carácter obligatorio, previsto en el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, el abono de los gastos salariales de dichas personas no tendrá carácter de indemnización sino de abono a cuenta por la parte correspondiente a las horas que sean objeto de recuperación conforme a lo previsto en el artículo tres del mismo, que se tendrán en cuenta en la liquidación final del contrato.

Las circunstancias que se pongan de manifiesto en la solicitud podrán ser objeto de posterior comprobación. Transcurrido el plazo indicado sin notificarse la resolución expresa al contratista, esta deberá entenderse desestimatoria.

B.1) ¿Deben entenderse incluidos sólo los salarios fijados por convenio o los que las empresas acrediten que abonan a sus trabajadores?

Del propio tenor literal de la norma se desprende que deben ser objeto de indemnización los salarios que se hayan abonado, en su totalidad. La norma no establece ningún límite a este respecto (y de haberse establecido un límite, tanto podría haber sido el salario fijado por convenio colectivo como cualquier otro), por lo que no es factible establecer por vía interpretativa una condición que la norma no ha introducido.

Contribuye a esta afirmación el adverbio que acompaña a la locución “gastos salariales”: Efectivamente. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, *efectivamente* quiere decir “De manera efectiva o real” y por su parte *efectiva*: es un adjetivo que equivale a real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal.

Por lo tanto, en lo que la persona adjudicataria sea capaz de acreditar, como exige el apartado 4 del artículo 2 en su conjunto, habrán de abonarse los gastos salariales íntegros soportados por ésta en el periodo en el que la entidad contratante aprecie que ha sido imposible ejecutar el contrato, debido a las circunstancias contempladas en la norma objeto de examen.

B.2) Si han solicitado las empresas un ERTE y la empresa complementa determinada cuantía correspondiente a salarios o cotizaciones a Seguridad Social, ¿se podría considerar indemnizable?

De acuerdo con lo expresado en el punto anterior, siempre que los gastos tengan la consideración de salariales y se hayan abonado “efectivamente”, deberán ser indemnizados (si concurren además el resto de requisitos formales establecidos en el apartado 4 del artículo 2 LF7/2020).

A este respecto merece la pena abundar en el concepto de costes salariales (que se convertirán en gastos para la persona empleadora cuando se hagan efectivos conforme se ha señalado anteriormente), que se pueden definir como el importe total que le supone a una empresa tener a una persona trabajadora contratada. Este concepto incluye, al menos, tanto el salario bruto de la persona trabajadora (salario neto, retenciones IRPF, cotización a la seguridad social) como los costes sociales a cargo de la empresa (aportación por contingencias comunes, cotización por desempleo, FOGASA y formación profesional).

Si es facultativo para la empresa solicitar un ERTE (dado que puede no hacerlo y en ese caso percibirá la indemnización contemplada en la cuestión 1 de este informe, que conforme a la última redacción del artículo 2 LF7/2020 incluye de forma expresa las cotizaciones a la Seguridad Social), parece lógico que no resulte perjudicada por una decisión que se toma, también de forma facultativa, en beneficio de las personas trabajadoras y, que, en conjunto, supone una carga menor para el órgano de contratación.

De acuerdo con lo anterior, la pregunta debe responderse en sentido positivo: deben incluirse dentro de los conceptos indemnizables por el artículo 2 LF7/2020 los complementos tanto de salario como de cotizaciones a la Seguridad Social que la empresa decida voluntariamente abonar a los trabajadores (o a cuenta de los trabajadores) que están en situación de ERTE.

B.3) Si la empresa a pesar de la suspensión del contrato, ha decidido no solicitar un ERTE, ¿será también indemnizable? ¿Todo el salario o sólo el fijado en el convenio?

La LF7/2020 no establece como condición para poder percibir la indemnización que se haya solicitado un ERTE. Ni tampoco que no se haya solicitado. La regulación establecida es clara: podrán indemnizarse los gastos salariales que se hayan efectivamente abonado. Así pues, si son gastos efectivos y encajan en alguno de los conceptos antes citados respecto de los costes salariales, serán indemnizables. Para responder a la última parte de la cuestión nos remitimos a lo expuesto en el punto 1º.

B.4) ¿Por “gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal” también se incluyen las cotizaciones a la SS?

El artículo 2.4 LF7/2020 tras su modificación por la DA2ª del Decreto-Ley Foral 3/2020, es del siguiente tenor literal: *1.º Los gastos salariales que efectivamente abone el contratista al personal adscrito a la ejecución ordinaria del contrato, durante el período de suspensión. A estos efectos, debe entenderse que los gastos salariales incluyen todas las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondan.*

Por lo tanto, no cabe duda de que los gastos salariales deben incluir las cotizaciones a la Seguridad Social y esta afirmación resulta igualmente aplicable a los hipotéticos complementos a los que se refiere el apartado 2º de este

informe, abonados por la empresa respecto de las cotizaciones de las personas trabajadoras en ERTE.

B.5) ¿Cómo encaja la suspensión automática de los contratos de servicios de prestación sucesiva señalados en el apartado 1 del artículo 2 con lo previsto en los dos últimos párrafos del apartado 4 del citado artículo? (artículo 2.4 LF7/2020)

El apartado 1 prevé la suspensión automática del contrato *ex lege*, con la virtualidad de dispensar a la persona adjudicataria del deber de cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando su ejecución haya devenido imposible (material o jurídicamente) como consecuencia del COVID-19. Por lo tanto, se entiende que el incumplimiento no es culpa de la contratista y no le será de aplicación todo el conjunto de normas previsto para el incumplimiento culpable.

Por otra parte, el artículo examinado establece el procedimiento para que el órgano de contratación aprecie que la ejecución era efectivamente imposible. En concordancia con lo expuesto en el párrafo precedente, de esta manifestación no depende la suspensión que se ha producido de forma automática, sino que es un mero requisito formal para reconocer que concurre el requisito de fondo que genera el derecho de la contratista a percibir la indemnización que se regula en el resto de párrafos del mismo apartado.

B.6) ¿Cómo debe interpretarse que el contrato resulta de imposible ejecución “en los términos inicialmente pactados”, que recoge el mismo apartado 4?

De la lectura del conjunto del artículo, no sólo del apartado 4, conforme a una interpretación integradora, se desprende que la imposibilidad para ejecutar la prestación puede ser total o parcial. En el primer caso, serán la totalidad de términos del contrato los que no puedan cumplirse. En el segundo caso, la imposibilidad parcial dará lugar a la ejecución de la prestación en unos términos distintos de los inicialmente pactados, que bien pueden referirse a las prestaciones a ejecutar (en cuanto a la cantidad o a la forma de la prestación), al plazo en el que serán ejecutadas o a cualquier otro extremo del contrato. Cualquiera de las dos circunstancias, la imposibilidad total o la imposibilidad parcial en la ejecución del contrato, dará derecho a la contratista a obtener la

indemnización prevista siempre que además se cumplan el resto de requisitos formales y de fondo que establece la norma.

B.7) ¿Se comparte el criterio del [informe de la Abogada General del Estado](#) que concluye que el permiso retribuido recuperable no implica por sí mismo la imposibilidad de ejecución del contrato de obras?

El citado informe, cuyo contenido y conclusiones se comparten, afirma que las solicitudes presentadas por las empresas contratistas a la Dirección General de Carreteras que, cumpliendo formalmente los requisitos del artículo 34.3 del Real Decreto- ley 8/2020, (en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra la mención debería entenderse hecha al artículo 2 de la Ley Foral 7/2020) vinculen la imposibilidad de ejecución del contrato de obra al permiso retribuido recuperable regulado en el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, no resultan atendibles, pues tal circunstancia no implica por sí sola la imposibilidad de ejecución requerida en el artículo 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020 para poder acordar la suspensión del contrato. El carácter recuperable del permiso garantiza al contratista la posibilidad de reorganizar el tiempo de trabajo con el fin de que el permiso no afecte al total de horas trabajadas necesarias para la ejecución de la obra contratada.

Esta conclusión, no impediría, sin embargo, que aun siendo de aplicación el permiso retribuido recuperable, concurren otras causas, que deberán acreditarse, que permitan entender cumplidos los requisitos establecidos por el artículo 2 de la LF7/2020 para poder resultar acreedor de la indemnización.

C) En cuanto a los contratos de concesión

Artículo 2.5 LF7/2020.

En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de esta ley foral, celebrados por las entidades sometidas a la normativa de contratación pública vigente en la Comunidad Foral de Navarra en el momento de la adjudicación de cada contrato, la situación de hecho o de derecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

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 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 por parte del concesionario de la realidad, efectividad e importe de dichos gastos.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del concesionario, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo.

C.1) El contenido del apartado 5 del artículo 2 ¿significa que el órgano de contratación, además de adoptar las medidas citadas en el primer párrafo del apartado 5, debe compensar económicamente al concesionario por la pérdida de ingresos e incremento de costes que haya sufrido? ¿O dicha compensación se realiza precisamente al restablecer el equilibrio económico?

De la lectura comprensiva del apartado 5 del artículo 2 se desprende que la persona concesionaria de una obra o servicio cuya ejecución haya devenido total o parcialmente imposible, con causa en las circunstancias generadas por el COVID-19, tendrá derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Obviamente, para ser acreedor de este derecho, es imprescindible que la causa (COVID-19) haya producido una consecuencia, y esta consecuencia debe ser el quebranto en el equilibrio económico de la concesión. Producido y acreditado el quebranto, los conceptos que deben ser tenidos en cuenta para el restablecimiento de la situación inicial son bien la pérdida de ingresos, bien el incremento de los costes soportados, o bien ambos. Y la forma en que podrá producirse el reequilibrio será a elección del órgano de contratación, según el apartado 5, párrafo primero *in fine* “mediante (...) la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”, bien entendido que la actuación del órgano de contratación debe someterse, como toda actuación pública, a los principios de buena fe y equidad y a la interdicción de la arbitrariedad, y por lo tanto deberá elegir el modo de retornar el equilibrio de la concesión que mejor se acomode a las circunstancias del caso concreto, en aplicación de la indicación dada por el propio artículo que afirma “según proceda en cada caso”.

En consecuencia, la compensación económica, en cualquiera de las formas previstas, es el reflejo del restablecimiento del equilibrio económico del contrato y no un concepto indemnizatorio distinto.

C.2) ¿Cuáles pueden ser esos gastos adicionales salariales a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de servicios?

De acuerdo con lo expuesto en apartados anteriores, deberán ser tenidos por gastos salariales aquellos que efectivamente se hayan producido (y se puedan acreditar) siempre que encajen en los conceptos ya expuestos. Y serán adicionales, en aplicación de la definición de la Real Academia Española (1. adj. *Que se suma o añade a algo*) los que no hubieran sido tenidos en cuenta en el momento de la adjudicación de la concesión ni en los pliegos reguladores (artículo 186.1 LFCP) ni en la oferta de la concesionaria (artículo 187 LFCP) y hayan de sumarse a los que sí estaban contemplados, representando un impacto suficiente en el equilibrio económico de la concesión en su conjunto.

La distinta naturaleza y contenido de las concesiones existentes no hacen posible el establecimiento de un catálogo de gastos que hayan de tenerse en cuenta y otros que deban estar excluidos, cuestión que debe ser necesariamente examinada caso por caso y aplicada por el órgano de contratación, teniendo en cuenta el límite establecido expresamente por el artículo 114.2.b) LFCP: *“Se considerará que una modificación afecta al contenido sustancial del contrato cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: b) Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista.”*

D) En relación con las prestaciones que continuaban realizándose tras la finalización de los contratos (como señala la petición de informe, se retribuyen mediante la aplicación de la institución del “enriquecimiento injusto”) se plantean varias cuestiones.

- LEY 508. Fuero Nuevo. *Clases* .

Enriquecimiento sin causa general. El que adquiere, retiene o se enriquece de cualquier otro modo por sí o por medio de un tercero sin que exista causa que lo justifique, y obtiene un lucro de otra persona o a su costa que empobrezca su patrimonio, queda obligado a restituir lo recibido o a abonar el valor de la ventaja patrimonial obtenida. Deberá también indemnizar el perjuicio causado al empobrecido cuando así se establezca legalmente o el juez lo considere procedente.

Adquisición por acto ilícito o inmoral. Se entiende por adquisición sin causa la que se ha hecho a consecuencia de un acto ilícito o de un convenio prohibido o que es inmoral para el adquirente.

En tal caso, el adquirente queda obligado a restituir lo recibido con sus frutos, rendimientos o intereses e indemnizar el perjuicio sufrido. Dicha obligación subsistirá cuando la cosa se hubiera perdido, aun cuando fuera por caso fortuito, debiendo restituirse su valor además de indemnizar el perjuicio en el caso de que proceda.

Lo previsto en el párrafo anterior no resultará de aplicación cuando el adquirente sea una persona menor de edad no emancipada o con la capacidad judicialmente modificada, que responderá tan sólo de su enriquecimiento.

Retención sin causa. Se entiende que se retiene sin causa cuando se recibió una cosa para realizar una contraprestación que no se ha cumplido o en cobro de una obligación indebida con error por parte del que pago y del que cobró, o cuando se recibió una cosa por causa inicialmente válida, pero que posteriormente ha dejado de justificar la retención de lo adquirido.

En estos casos, el adquirente está obligado a restituir su enriquecimiento sin perjuicio, además, de lo dispuesto en la presente Compilación para la posesión.

- Artículo 2. 8 LF 7/2020:

“Las medidas previstas en los apartados anteriores serán de aplicación también a los conciertos sociales en los ámbitos de salud y servicios sociales, a los encargos a entes instrumentales y a los casos de contratos públicos finalizados, en los que, en la fecha de declaración del estado de alarma y a requerimiento de la Administración, por razones de interés público, el contratista continuara prestando los servicios o suministros objeto del contrato ya finalizado, o los prestara por renuncia del contratista inicial.”

En esta situación, la interpretación del precepto transcrito genera las siguientes dudas:

D.1) ¿Puede la Administración decidir la finalización de la prestación “suspendida” o paralizada con anterioridad a que cesen las causas que imposibilitan su ejecución? Es decir, ¿tiene derecho la empresa a percibir las indemnizaciones previstas en la norma, al menos, hasta el cese de dichas causas?

D.2) ¿Al finalizar las causas que han imposibilitado la ejecución de la prestación, debe reanudarse necesariamente, como sucede con los contratos suspendidos licitados y adjudicados conforme a la LFCP?

D.3) En caso de que deba reanudarse la prestación: ¿por qué plazo? ¿Hasta el inicio de la ejecución del nuevo contrato adjudicado?

D.4) ¿Puede la Administración encomendar, mientras se licita y adjudica el nuevo contrato, la reanudación de la prestación a un empresario distinto del contratista del contrato ya vencido pero que continuó la prestación? El artículo 2.8 de la Ley Foral 7/2020 prevé la sustitución del empresario por renuncia del contratista inicial, pero nada dice de la sustitución por decisión de la Administración.

Es imprescindible para abordar correctamente todas estas cuestiones, comenzar por enmarcar correctamente el conjunto de situaciones a que se refiere la consulta.

En primer lugar es preciso poner de manifiesto la nota característica y común del conjunto de situaciones que se engloban dentro de las prestaciones “en enriquecimiento injusto”, que en el ámbito foral se denomina “sin causa”. Con independencia de las razones que hayan motivado esa situación, se trata de un conjunto de prestaciones que se vienen ejecutando sin que se haya seguido el procedimiento de adjudicación necesario conforme a lo previsto por la LFCP en aquello que a cada una le fuera de aplicación. De lo anterior se desprende que en ningún caso puede atribuirse a este conjunto de situaciones la consideración de contrato público porque no hay un contrato en vigor. Y por ende, es difícilmente defendible que deban serles de aplicación de forma preceptiva ex LFCP, las normas que rigen los contratos públicos en cualquiera de sus fases. Sencillamente, las prestaciones se ejecutan conforme a lo establecido por las partes sin seguir las prescripciones legales. Y la entidad pública paga lo convenido, para evitar enriquecerse injustamente (sin justa causa, conforme a la dicción del Fuero Nuevo).

Todo lo anterior es relevante porque la competencia de esta Junta de Contratación se limita, y debe limitarse por mandato legal, a apreciar si se dan las circunstancias para considerar que una determinada prestación se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la LFCP y de ser así, qué preceptos y de qué manera le serían de aplicación y cuál sería la interpretación más adecuada de todo ello. También pueden llevarse a cabo

recomendaciones que incidan en los aspectos administrativos, técnicos y económicos del sistema de contratación, sistema que se comprende en la LFCP y su normativa de desarrollo.

Las cuestiones formuladas no encajan en ninguno de los anteriores términos sino que conllevan un pronunciamiento sobre cómo deben prestarse o gestionarse ciertos servicios públicos que actualmente no son contratos públicos, por más que en su mayor parte para adaptarse a la legalidad vigente, deban acabar siéndolo.

De acuerdo con lo anterior, no se puede responder a ninguna de estas cuestiones sin exceder de la competencia legalmente atribuida.

E) Finalmente, sobre la aplicación temporal de las normas

- *Disposición final segunda.–Entrada en vigor y vigencia.*

2. Las medidas recogidas en los artículos 2 y 3 de esta ley foral surtirán efectos desde el día 15 de marzo de 2020.

Yo, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, promulgo, en nombre de S.M. el Rey, esta Ley Foral, ordeno su inmediata publicación en el Boletín Oficial de Navarra y su remisión al “Boletín Oficial del Estado” y mando a los ciudadanos y a las autoridades que la cumplan y la hagan cumplir.

- *Decreto-Ley Foral 3/2020. Disposición adicional segunda.–Modificación del artículo 2 de la Ley Foral 7/2020, de 6 de abril, por la que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID-19).*

El artículo 2 de la Ley Foral 7/2020, de 6 de abril, pasa a tener la siguiente redacción (...)

- *Decreto-Ley Foral 3/2020. Disposición final tercera.–Entrada en vigor y vigencia.*

1. Este Decreto-ley Foral entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de Navarra y mantendrá su vigencia mientras el Gobierno de Navarra determine que persisten las circunstancias extraordinarias que motivan su aprobación.

2. Las medidas recogidas en el artículo 3 de este Decreto-ley Foral surtirán efectos desde el día 15 de marzo de 2020. Asimismo, aquellas medidas previstas en este Decreto-ley Foral que tienen plazo determinado de duración se sujetarán al mismo.

E.1) ¿La posterior modificación del artículo 2 de la LF7/2020 operada por la disposición adicional 2ª del Decreto-ley Foral 3/2020 tiene efectos retroactivos? ¿A qué fecha?

El Decreto-Ley Foral 2/2020, de 25 de marzo, posteriormente aprobado como Ley Foral 7/2020 de 6 de abril, ya contenía el efecto retroactivo al inicio del estado de alarma. La modificación operada por la Disposición Adicional Segunda del Decreto-Ley Foral 3/2020 ha modificado exclusivamente algunos aspectos de tipo formal, incluyendo precisiones o aclaraciones que faciliten la aplicación por parte de las entidades afectadas y su comprensión por los operadores económicos, para contribuir a mejorar la seguridad jurídica de todas las partes.

La Disposición Final Tercera del Decreto Ley Foral 3/2020, relativa a la entrada en vigor y vigencia de las normas contenidas en el mismo, debe entenderse de aplicación a las medidas adoptadas *ex novo* en su texto articulado, sin que por sí sola, esta DF pueda modificar el plazo de vigencia y aplicación de otras normas.

En particular, la disposición final segunda de la LF7/2020, que contempla la eficacia retroactiva de su artículo 2, no ha sido modificada y por lo tanto la fecha de efectos del mismo, en la redacción que se encuentre vigente en cada momento, sigue siendo la del primer día del estado de alarma. Esta es, además, la única forma de aplicar con equidad y garantizar el efecto útil de la norma, públicamente expresado en la exposición de motivos en la que señala como objetivo garantizar la liquidez de las empresas para sostener la actividad económica y su posterior recuperación.

Es todo cuanto se informa, con sometimiento a criterio mejor fundado en Derecho.

Pamplona, 15 de mayo de 2020

LA PRESIDENTA

EL VOCAL

LA SECRETARIA

Marta Echavarren Zozaya

Ignacio Iriarte Aristu

Silvia Baines Zugasti