Plaza de la Constitución s/n
33009 Oviedo - Asturias
Teléfono 984 08 38 00
seccioncontratacion@oviedo.es

Instrucción de la Junta de Gobierno (acuerdo de 25/03/201) relativa a procedimientos de reequilibrio económico en contratos de concesión de obra y servicio vigentes, derivados de la crisis sanitaria covid-19, en aplicación del artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020.

PRINCIPIOS QUE PUDIERAN RESULTAR APLICABLES A LAS CONCESIONES DEMANIALES Y, EN SU CASO, CONTRATOS ASIMILABLES CALIFICADOS COMO ADMINISTRATIVOS ESPECIALES.

Antecedentes

I.- La Junta de Gobierno Local en sesión de 7 de mayo de 2020, aprueba una Instrucción para la resolución de expedientes de indemnización, por imposibilidad de ejecución de contratos conforme al artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2020 (según propuesta que suscribe el Concejal de Gobierno de Contratación y Servicios Básicos).

II.- En el apartado 4.1.4 de dicha Instrucción se realiza una somera referencia a los contratos de concesión de obras y servicios que, en el momento actual, se considera oportuno completar.

También se estima necesario establecer unas pautas que puedan servir de orientación en el caso de las concesiones demaniales y, en su caso, a contratos asimilables que se hayan calificado como administrativos especiales.

Todo ello con una doble finalidad, como es:

Mayor clarificación de la actuación de los diversos servicios intervinientes en la resolución de las peticiones de reequilibrio que se presenten.

Perseguir la unificación de criterios en la resolución de los procedimientos, estableciendo para ello unos parámetros homogéneos.

III.- En la elaboración del documento se ha prestado especial consideración, entre otros, a:

- Comunicación de la Dirección General de Contratación y Servicios del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 15 de junio de 2020.

https://transparencia.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/Contratacion/S.%20G.%20CONTRATACION/6%20COMUNICACIONES/COVID-19/COMUNICACI%C3%93N%20REEQUILIBRIOS%20CONTRATOS%20CONCESI%C3%93N%20v2.pdf

- Documento publicado en el Observatorio de Contratación Pública bajo el título de: COVID19, CONTRATOS CONCESIONALES Y REEQUILIBRIO ECONÓMICO.

Por Joaquín Tornos Mas Catedrático de derecho administrativo. Abogado.

http://www.obcp.es/sites/default/files/2020-06/CONCESIONES%20Y%20REEQUILIBRIO%20ECON%C3%93MICO_.pdf

- Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda, artículos 24 y 25 sobre medidas de reequilibrio en los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general.

I.- **CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA Y SERVICIO**

Consideraciones previas

El artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, establece un sistema singular de restablecimiento del equilibrio económico del contrato distinto a lo previsto en la normativa contractual y a la doctrina legal consolidada. Se trata de una medida compensatoria excepcional y de carácter temporal ante una situación de hecho muy concreta y que obliga al análisis caso por caso de todos los supuestos que se planteen.

Así, el régimen jurídico aplicable al reequilibrio económico los contratos de concesión será diferente según la decisión que adopte el órgano de contratación:

- Si el órgano de contratación aprecia la imposibilidad total o parcial de la ejecución del contrato, se podrá acudir al régimen singular del reequilibrio previsto en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020.
- En cambio, si el órgano de contratación aprecia la posibilidad de continuar con la ejecución del contrato pero las medidas adoptadas con ocasión de la crisis provocada por el COVID-19 afectan de manera singular la viabilidad económico financiera del contrato, el mantenimiento de su equilibrio económico podrá ser analizado con

posterioridad, una vez superada la situación y a la vista de toda la evolución económica del contrato, de acuerdo con el régimen general previsto en la normativa contractual y en la doctrina legal sobre el reequilibrio económico de las concesiones.

Tal y como ha señalado la Abogacía General del Estado (informe de 1 de abril de 2020 de la Subdirección de los Servicios Consultivos), el Real Decreto-ley 8/2020 "*es una norma de rango legal, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19)*" por lo que no podrán aducirse otros motivos para el reequilibrio del contrato salvo los causados por dicha situación que hagan imposible la ejecución del mismo.

No cabe la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones (el artículo 270.2 o el 290.4 de la LCSP) para paliar los menores ingresos o los mayores costes soportados por la crisis sanitaria, de tal manera que se acaben renegociando todos los contratos de concesión.

Por tanto, la causa del reequilibrio únicamente puede consistir en la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID 19. Esto es, si el servicio público sigue legalmente permitido durante el estado de alarma no cabe el reequilibrio por otras causas contempladas en la legislación de contratos ("factum principis", fuerza mayor o riesgo imprevisible) debido a la aplicación preferente del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del Covid-19.

Medidas extraordinarias contempladas por el RDLey 8/2020

El artículo 34, apartado 4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, dispone las siguientes medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19 en los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley:

- 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 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 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.

- La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo, y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.

Criterios orientativos generales para la tramitación de los expedientes

I. Causa del reequilibrio (imposibilidad de ejecución derivada de la emergencia sanitaria)

Tal y como ya se ha indicado, no podrán aducirse otros motivos para el reequilibrio del contrato salvo los causados por la situación de hecho creada por el COVID-19 y la adopción de las medidas para combatirlo que hagan imposible la ejecución del mismo. Por tanto, la causa del reequilibrio únicamente puede consistir en la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID 19.

A la hora de interpretar el concepto jurídico indeterminado de "*imposibilidad de ejecución del contrato*" debe acudirse a la jurisprudencia, que contempla tanto la imposibilidad material o técnica, como la legal o jurídica.

La *"imposibilidad"* a la que se refiere se entiende que, por un principio de proporcionalidad y de coherencia con la finalidad de la norma, debe ser interpretada como una imposibilidad de ejecutar el contrato en los mismos términos en que se formalizó, con una **minoración sustancial** de los ingresos que trae causa en un acontecimiento imprevisible no imputable al contratista (emergencia sanitaria derivada del Covid-19), no necesariamente como una cesación total de la actividad para esta clase de contratos.

En todo caso, la imposibilidad de ejecución es una cuestión fáctica que corresponde apreciar, en primera instancia, a la Administración contratante, sin perjuicio de que su apreciación sea revisable por los Tribunales.

Avala las anteriores consideraciones el que la disposición final novena del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, ha modificado el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 en el sentido de contemplar expresamente la imposibilidad parcial de ejecución. En particular, se introduce el inciso final del último párrafo del artículo 34.4 que se señala en negrita a continuación:

"*La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo, y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad*".

II. Inicio del expediente a instancia de parte

Sólo procederá el reequilibrio cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación de emergencia sanitaria provocada por el COVID 19.

Por lo tanto, la aprobación del reequilibrio económico del contrato debe ser en todo caso instada por el contratista, sin que quepa reequilibrar el contrato de oficio por parte del Ayuntamiento aun cuando la imposibilidad de ejecutar el contrato sea consecuencia directa de una medida tomada por el mismo, como los acuerdos de suspensión de determinados servicios durante el período de vigencia del estado de alarma.

Como consecuencia de lo anterior, en el expediente de reequilibrio que se tramite debe constar:

- La solicitud del contratista en la que consten los motivos, causas o circunstancias por los que entiende existe una imposibilidad de ejecución del contrato, total o parcialmente.

- La apreciación por el órgano de contratación de la imposibilidad de ejecución alegada por el contratista. A este respecto se deberá motivar en la memoria que se elabore al efecto si la concurrencia de los motivos, causas o circunstancias alegados por el contratista son suficientes para imposibilitar la ejecución del contrato en los términos señalados y en qué medida.

Son pues requisitos para solicitar la indemnización.

- Que se haya producido una pérdida de ingresos y/o un incremento de los costes en la concesión, de carácter relevante, y por causa del COVID 19: quedando afectado sustancialmente su equilibrio económico-financiero.

- Que el concesionario solicite expresamente el pago de la indemnización, acreditando fehacientemente la pérdida de ingresos y/o el incremento de los costes.

III. Acreditación fehaciente

Tal y como se ha indicado, el Real Decreto-ley 8/2020 exige que el contratista que solicite el reequilibrio económico del contrato a causa de la situación creada por el COVID-19 acredite fehacientemente la realidad, efectividad e importe de la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados (a este efecto se aportarán los informes, auditorías, documentos contables, y justificantes que así lo acrediten).

Respecto a los **mayores costes**, el contratista deberá acreditar de manera fehaciente todos los gastos incurridos durante el período objeto de reequilibrio. Para ello presentará todos los medios de prueba que sean necesarios, facturas, TCs, etc…Dichos justificantes deberán ser comprobados por el responsable del contrato que les dará su conformidad. Asimismo acreditará el exceso en comparación, por referencia que se cuantifique y justifique, a los correspondientes a la ejecución ordinaria del contrato.

En particular, en relación a los costes de personal, deberán acreditarse el pago de las nóminas, incluido el ingreso de las cotizaciones correspondientes a la Tesorería General de la

Seguridad Social. Asimismo, entre dichos costes de personal se podrán incluir 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.

En relación a la acreditación de la **pérdida de ingresos**, se podrán tener en cuenta los previstos en el plan económico-financiero de la oferta del adjudicatario, y si ello no fuera posible, deberá tomarse como referencia los del mes inmediatamente anterior a la declaración del estado de alarma o el mes que sea asimilable por ingresos al que se pretende reequilibrar. Para ello, el contratista deberá aportar sus registros contables que verificará el responsable del contrato con la finalidad de darles su conformidad.

En el caso de compensar mediante el reequilibrio económico la pérdida de ingresos, deberán tenerse en cuenta asimismo, en su caso, los menores costes en los que haya incurrido el concesionario con motivo de la inejecución total o parcial de la obra o servicio. Dichos costes deberán ser asimismo acreditados.

Se ha de señalar que en el artículo 24.2 del Real Decreto Ley 26/2020, de 7 de julio (que si bien no resulta de aplicación puede servir como parámetro en su caso y de resultar viable a considerar), se establece:

2. El reequilibrio se determinará teniendo en cuenta la reducción de ingresos por la disminución de la demanda de viajeros, así como el incremento de los costes por la desinfección de los vehículos durante la vigencia del estado de alarma, todo ello calculado conforme al Anexo I de este artículo.

La reducción de ingresos se calculará con referencia al mismo periodo del año anterior, descontando la disminución de los costes de explotación por reducción de expediciones y los costes laborales respecto a los soportados en dicho periodo de referencia del año anterior.

En los contratos cuyo periodo de recuperación de la inversión haya concluido, se restará a la compensación resultante la suma de los resultados positivos de los ejercicios cerrados desde que se produjera dicho hecho. A estos efectos se entenderá, en todo caso, recuperada la inversión una vez trascurrido el plazo de duración previsto en el contrato, más el año de prórroga impuesto por la Administración. Los resultados positivos de cada ejercicio serán los obtenidos y comunicados según la Orden PRE/907/2014, de 29 de mayo, por la que se implanta un modelo de contabilidad analítica en las empresas contratistas que prestan los servicios de transporte regular de viajeros de uso general.

El responsable del contrato podrá solicitar la documentación justificativa que considere precisa para su adecuada acreditación y cuantificación.

IV. Mecanismo de reequilibrio

Según establece el Real Decreto-ley 8/2020 los mecanismos de reequilibrio económico del contrato podrán consistir, según proceda en cada caso, en:

- La ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15%

- La modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Como se señala en el artículo antes citado de Don Joaquín Tornos Mas:

… el reequilibrio puede plantearse como reducción de costes (aportaciones a la administración, no como reducción en el contenido o calidad de la prestación), incremento de ingresos (incremento de la tarifa o de la subvención) o ampliación del plazo concesional. Pues bien, atendiendo de nuevo a la realidad del momento, creemos que la fórmula más adecuada es la de la ampliación de los plazos concesionales, ya que evita la reducción de prestaciones o de su calidad, no traslada al usuario el incremento de ingresos, lo que sería especialmente gravoso en la situación actual de crisis económica, y no exige una aportación de capital público, igualmente gravosa en la situación actual.

Se comparte dicha precisión y se establece la OPCIÓN PREFERENTE por la compensación a través de la ampliación de la duración inicial del contrato. Todo ello sin perjuicio de la decisión que se pueda adoptar en cada uno de los casos en atención a las circunstancias especiales concurrentes; en todo caso la opción por la compensación económica habrá de justificarse adecuadamente.

A efectos de la ampliación de plazos se deja constancia (como también señala el Sr. Tornos Mas) que:

> *… en aplicación del régimen excepcional de restablecimiento del equilibrio económico, fijado por el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, la ampliación de la duración de los contratos de concesión de obras y de servicios puede superar el plazo máximo de 40 años (art. 29) de la LCSP de 2017 hasta los 6 años adicionales. Y en la medida en que el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020 se aplica a toda clase de concesiones y demás contratos de gestión de servicios públicos, con independencia de la legislación a la que estén sujetos, el límite del 15% de la duración inicial aplica también a los contratos regidos por el TRLCSP 2011, la LCSP de 2007, el TRLCAP de 2000, la LCAP de 1995 o el RSCL de 1955, de forma que podrán superar el límite de los 50 años hasta los 7,5 años de más*.

II.- **CONTRATOS DE CONCESIÓN DEMANIAL Y, EN SU CASO, ASIMILABLES CALIFICADOS COMO ADMINISTRATIVOS ESPECIALES**

Consideraciones previas

El artículo 9.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, dispone que las **concesiones demaniales** se encuentran excluidas de la misma, regulándose por su legislación específica, salvo en los casos en los que expresamente se declaren de aplicación prescripciones de la presente Ley.

Por ello se considera que no resulta de aplicación el artículo 34.4 del RDL 8/2020, que se refiere a los contratos de concesión de obra y de servicios. Es más, en la Sentencia TSJ de Andalucía 1076/2019, de 4 de julio, se confirma la de instancia en la que se afirma que, tratándose de concesiones demaniales, la jurisprudencia tiene establecido que no resulta de aplicación el régimen del restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato; por su parte el Informe 3/2019, de 10 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, tiene dicho que "*el mantenimiento del equilibrio económico del contrato es un mecanismo previsto específicamente para los contratos de tipo concesional (en referencia concesiones de obras y servicios) que lo singulariza frente a los demás tipos de contratos, por lo que no cabe su extensión analógica a otras categorías contractuales*".

Respecto a los **contratos administrativos especiales** el artículo 25.2 de la citada Ley 9/2017, de 8 de noviembre, señala que les será de aplicación en primer término sus normas específicas, en defecto de las cuáles habrá de estar a lo que para la preparación, adjudicación, efectos y extinción señala la propia Ley de Contratos del Sector Público.

Criterios orientativos generales para la tramitación de expedientes

En todo caso la Administración, y nuevamente por razones de proporcionalidad, no puede resultar ajena a la situación de hecho y la eventual grave afectación que la pandemia puede, en su caso, haber ocasionado a los concesionarios de estos contratos.

Habría de estarse en primer lugar y de forma preferente a las disposiciones de los pliegos reguladores de la correspondiente contratación, y a lo que pudieran determinar al respecto.

A falta de previsión expresa en los pliegos, se puede defender la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, como motivo justificativo de la aplicación de las cláusulas contractuales que rigen a relación del concesionario con esta administración de forma diferente a la pactada.

La doctrina sumamente restrictiva de nuestros tribunales ha experimentado una muy importante revisión a partir de las sentencias del Tribunal Supremo 2823/2014, de 30 de junio y 5090/2014, 15 de octubre, que impulsan claramente una configuración moderna de la cláusula en línea ello con las tendencias actuales del derecho comparado. Ambas sentencias se dictaron en el ámbito de la crisis económica de 2008. Como indica la sentencia de 15 de octubre de 2014 (con cita de las SSTS 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012 de 18 de enero de 2013, también de la 333/2014, de 30 de abril), *la recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias*; con incidencia en la causalidad contractual «*derivada de la imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada*.» **Asimismo de forma reciente la Sentencia del Tribunal Supremo 791/2020** establece: *hemos de partir de la jurisprudencia sobre la denominada cláusula rebus sic stantibus, que se contiene en la reciente sentencia 455/2019, de 18 de julio: "(...) según la doctrina jurisprudencial de la rebus sic stantibus, la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un contrato, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del contrato.* ***Y por supuesto, es preciso que tales circunstancias sobrevenidas fueran totalmente imprevisibles para los contratantes*** *(sentencia del pleno 820/2012, de 17 de enero de 2013).* ***Es condición necesaria para la aplicación de la regla "rebus" la imprevisibilidad del cambio de circunstancias****. Si las partes han asumido expresa o implícitamente el riesgo de que una circunstancia aconteciera o debieron asumirlo porque, en virtud de las circunstancias y/o naturaleza*

del contrato, tal riesgo era razonablemente previsible, no es posible apreciar la alteración sobrevenida que por definición, implica lo no asunción del riesgo (recientemente sentencia 5/2019, de 9 de enero). No puede hablarse de alteración imprevisible cuando la misma se encuentra dentro de los riesgos normales del contrato (sentencias 333/2014, de 30 de junio, 64/2015, de 24 de febrero, y 477/2017, de 20 de julio, entre otras)".El cambio de estas características que, bajo las premisas que establece la jurisprudencia, podría generar un supuesto de aplicación de la regla de la rebus sic stantibus es más probable que se dé en un contrato de larga duración, ordinariamente de tracto sucesivo. Pero no en un supuesto, como el presente, de contrato de corta duración, en el que difícilmente puede acaecer algo extraordinario que afecte a la base del contrato y no puede amparado dentro del riesgo propio de ese contrato."

En la situación actual: una pandemia provocada por el coronavirus que ha supuesto la declaración del estado de alarma y un confinamiento de la población que equivale a una situación totalmente imprevisible y, hoy por hoy, también inevitable, comporta un contexto determinante de una crisis económica cuya superación es muy difícil de vislumbrar aún. Por ello la aplicación de la citada cláusula puede servir para modular múltiples relaciones contractuales, aunque sea temporalmente, a fin de adaptar las prestaciones estipuladas a la nueva realidad, lo que evidentemente tendrá mayor trascendencia en los contratos de tracto sucesivo.

También podría servir de referencia y apoyo lo dispuesto en el artículo 9.1 del repetido RDL 26/2020, de 7 de julio, que establece medidas respecto a la tasa de ocupación en sector del transporte marítimo, para el caso de concesiones demaniales en las que sus titulares acrediten un impacto significativamente negativo en su actividad como consecuencia de la crisis del COVID-19….

Es de señalar que el RD 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales –RBEL, en su artículo 80.7, establece *" Que toda concesión sobre bienes de dominio público se fijarán las clausulas conforme a las cuales se otorgare , y sin perjuicio de las que juzgare por conveniente , constando " Canon que hubiere de satisfacer a la entidad local, que tendrá carácter de tasa…"*

Desde el punto de vista material, el canon tiene por objeto retribuir el uso privativo adjudicado que realiza el concesionario del bien de dominio público en beneficio propio. Este carácter sinalagmático, puesto de manifiesto reiteradamente por la jurisprudencia, es el que fundamenta la regulación prevista en el art. 26.3 TRLRHL:

"*Cuando por causas no imputables al sujeto pasivo, el servicio público, la actividad administrativa o el derecho a la utilización o aprovechamiento del dominio público no se preste o desarrolle, procederá la devolución del importe correspondiente*."

De este modo, si por causa no imputable al sujeto pasivo no concurre la posibilidad de la utilización que la concesión legitima, decae la legitimidad del canon como ingreso de naturaleza sinalagmática y, por tanto, no procede su exacción.

Concurriendo pues causa de imposibilidad de ejecución derivada de la emergencia sanitaria y habiendo sido acreditada o en su caso verificada fehacientemente dicha causa, se habría de estar, en primer lugar y de forma preferente, a cuanto se establezca en los pliegos del contrato analizado, teniendo en cuenta en su caso, la procedencia de la exención del canon por aplicación y con fundamento en lo dispuesto en el artículo 26.3 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, por el tiempo de suspensión de la concesión/contrato (cierre de

instalaciones,…). La exacción del canon si bien será proporcional a la imposibilidad efectiva de utilización.

Y, en defecto de medidas compensatorias convencionalmente pactadas, se podría analizar y estudiar la procedencia de una ampliación del plazo de duración del contrato por el tiempo en el que el mismo hubiere estado interrumpido.

Oviedo a 25 de marzo de 2021. El Concejal de Gobierno de Contratación y Serv. Básicos. Fdo.: Gerardo Antuña Peñalosa.