

El reequilibrio de los contratos de concesión con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19

BEATRIZ ÁLVAREZ HERRANZ

Letrada de la Comunidad de Madrid*

SUMARIO

1. Introducción.
2. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato conforme al Real Decreto-ley 8/2020.
3. Restablecimiento del equilibrio económico del contrato conforme a la legislación ordinaria de contratación pública.
4. Conclusiones.

RESUMEN

En el presente artículo se analiza la posibilidad de compensar los efectos que la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatirla hubieran podido pro-

ducir sobre los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios mediante el mecanismo del restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

PALABRAS CLAVE

Compensación; reequilibrio económico del contrato; concesión de obras; concesión de servicios; COVID-19.

* En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid.

ABSTRACT

This article analyzes the possibility of compensating for the effects that the health crisis caused by COVID-19 and the measures adopted by public administrations to combat it

could have had on contracts for the concession of works and concession of services through the mechanism of restoring the economic balance of the contract.

KEYWORDS

Compensation; economic rebalancing of the contract; works concession; service concession; COVID-19.

1. Introducción

La crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha incidido sobre las relaciones jurídicas existentes entre la Administración Pública y los adjudicatarios de los contratos del sector público, de modo que los derechos y las obligaciones consignados en dichos contratos han tenido que acomodarse a las distintas medidas que las Administraciones Públicas han ido adoptando para tratar de combatir la pandemia y que en muchas ocasiones han determinado la imposibilidad de ejecutar el contrato en los términos inicialmente pactados o han obligado a acordar medidas adicionales a las originariamente convenidas para cumplir con las nuevas medidas sanitarias (uso de mascarillas, mantenimiento de la distancia mínima interpersonal, reducción de aforos...).

En este contexto, el presente artículo trata de analizar los mecanismos que ofrece nuestro ordenamiento jurídico para tratar de atemperar o solventar las incidencias que la crisis sanitaria ha producido sobre los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios.

El propio legislador, ante el impacto que el COVID-19 ha tenido sobre la sociedad y sobre la economía en general, ha dictado normas, con carácter excepcional, con la finalidad de paliar los efectos que la crisis sanitaria ha irrogado a los adjudicatarios de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios.

Con tal finalidad, se dictó el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (en lo sucesivo, Real Decreto-ley 8/2020), en cuya parte dispositiva, se indicaba que *«se establecen 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».

Concretamente, el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, contempla la posibilidad de compensar a los adjudicatarios de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios por la pérdida de ingresos y por el incremento de los costes soportados como consecuencia de las medidas adoptadas por la Administración para combatir el COVID-19.

Por otra parte, la legislación ordinaria de contratación pública —actualmente, 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 (en lo sucesivo, LCSP)— regula en sus artículos 270 y 290, el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, por lo que debe analizarse si los supuestos que amparan el indicado reequilibrio contractual pueden ser aplicados para compensar los efectos que la crisis sanitaria ha tenido sobre los contratos de concesión.

En consecuencia, en el presente artículo se examinarán las previsiones del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 y de los artículos 270 y 290 de la LCSP, a fin de determinar las condiciones que deben concurrir para que dichos preceptos puedan dar cobertura a una eventual compensación a los concesionarios de obras y de servicios por los perjuicios que la crisis ocasionada por la pandemia hubiera podido producirles.

No obstante, con carácter previo al análisis de los preceptos referidos, ha de destacarse que la normativa de contratos del sector público debe ser interpretada al albur de las previsiones recogidas en el Real Decreto-ley 8/2020. Ello significa que la regulación contemplada en dicho Real Decreto-ley implicará un desplazamiento de las normas de la legislación de contratación pública que directamente resulten afectadas por su contenido.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 83/2021, de 25 de mayo, declara que *«el art. 34 del RD-ley 8/2020 es norma especial y como tal ha de aplicarse con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos, y por tanto, mientras dure el estado de alarma, la legislación ordinaria de contratos públicos solo será aplicable para resolver las incidencias contractuales relacionadas con el COVID-19 cuando no se oponga al RD-ley 8/2020 (...)».*



En similares términos, el informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado núm. 34/2020, de 12 de febrero de 2021, señala que *«el Real Decreto-ley 8/2020 es una norma de rango legal, de efectos temporales limitados y que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19), por lo que su contenido ha de considerarse de aplicación preferente, al menos a estos efectos. Significa esto que, en lo que atañe a la relación de esta norma con la normativa general de contratación pública, el artículo 34 del RDL 8/2020 es una norma especial y se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos y, por tanto, y mientras dure el estado de alarma, la legislación ordinaria de contratos públicos solo será aplicable para resolver una incidencia contractual relacionada con el COVID-19 cuando no se oponga al RDL 8/2020 y a los principios que lo inspiran»*.

Sentado lo anterior, debemos analizar la normativa contenida en el Real Decreto-ley 8/2020 y en la legislación ordinaria de contratación pública a fin de determinar la viabilidad jurídica de acudir al mecanismo del reequilibrio económico para compensar los efectos negativos que la pandemia haya producido sobre los contratos de concesión.

2. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato conforme al Real Decreto-ley 8/2020

Como hemos señalado *ut supra*, ante el alcance de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el legislador ha dictado normas específicas, para tratar de atemperar los efectos de la misma sobre los contratos del sector público. A tal efecto, entre otras normas, se dictó el Real Decreto-ley 8/2020, en cuyo artículo 34, apartado 4, se reconoce el derecho de los concesionarios a ser compensados por el incremento de costes y por la pérdida de ingresos derivados de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas durante la pandemia, en los siguientes términos:

«En 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 las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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.»

A la vista de la literalidad del precepto transcrito, se aprecia que el legislador ha optado por el restablecimiento del equilibrio económico del contrato como técnica para compensar a los concesionarios de obras y de servicios por la pérdida de ingresos y por el aumento de costes que las medidas acordadas por la Administración con motivo de la pandemia hubieran podido irrogarles.

Ahora bien, pese a la utilización del término «*restablecimiento del equilibrio económico del contrato*», resulta cuestionable que la medida contemplada en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 pueda ser considerada *stricto sensu* un supuesto de reequilibrio contractual.

A este respecto, a diferencia de la legislación ordinaria de contratos del sector público¹, en la que el mecanismo del reequilibrio requiere una ruptura sustancial de la economía del contrato, el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 no exige dicha ruptura para poder compensar al concesionario por la pérdida de ingresos y por el aumento de costes que se hubiera visto obligado a asumir como consecuencia de las medidas acordadas por la Administración para combatir la pandemia. Es más, algunos autores, como Gimeno Feliu, han puesto de manifiesto que «*no parece probable que en contratos de larga duración como son los concesionales, las medidas frente al COVID 19 puedan tener un impacto tal que supongan la ruptura de la economía del negocio concesional (que implica una transferencia de riesgos (...))*»², por lo que, la medida contemplada en el artículo 34, apartado 4, podría ser considerada,

¹ Arts. 270 y 290 de la LCSP.

² Vid. GIMENO FELIU, «Crisis sanitaria COVID19 y su incidencia en la contratación pública», *El Cronista*, marzo-abril 2020.



en palabras del citado autor, «*un seguro legislativo*» que determina que no opere el reparto de riesgos y que pueda compensarse a los concesionarios por las pérdidas sufridas y por los costes asumidos como consecuencia de la pandemia, aunque los mismos no alteren de forma sustancial la economía del contrato.

Hecha la anterior matización, debemos abordar el contenido del artículo 34, apartado 4, del referido Real Decreto-ley para tratar de determinar en qué supuestos podrá acudir al mecanismo de compensación que en el mismo se contempla.

2.1. Ámbito objetivo de aplicación del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020

El artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 es aplicable, según su propio tenor literal, a 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 las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre*».

El concepto de contrato público, a los efectos del Real Decreto-ley 8/2020, es definido en el apartado 7, del referido artículo 34, que declara que:

«A los efectos de este artículo solo 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.

También tendrán la consideración de “contratos públicos” los contratos de obras, los contratos de servicios o consultorías y asistencias que sean complementarios a un contrato de obras principal y necesarios para la correcta reali-

zación de la prestación, así como los contratos de concesión, ya sean de obras o de servicios, incluidos los contratos de gestión de servicios públicos; celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; siempre que estén vigentes a la entrada en vigor de este real decreto ley y cualquiera que sea la normativa de contratación pública a la que estén sujetos con arreglo al pliego (...).»

Como puede apreciarse, el concepto de contrato público se asocia en el Real Decreto-ley a aquellos contratos que, en virtud de sus pliegos estén sujetos a la LCSP 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 (en adelante, TRLCSP) o a la denominada legislación sobre sectores excluidos³. Ahora bien, dicha definición se completa, como consecuencia de la modificación introducida por la disposición final novena del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019 (en lo sucesivo, Real Decreto-ley 17/2020), con la inclusión en el concepto de contratos públicos de todos aquellos celebrados por las entidades del sector público —en los términos en que aparecen definidas en el artículo 3 de la LCSP, y por tanto, los celebrados por el Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales— *«cualquiera que sea la normativa de contratación pública a la que estén sujetos con arreglo al pliego»*.

De este modo, el mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico del contrato contemplado en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 resulta de aplicación a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios regulados en la LCSP, así como a los contratos de gestión de servicio público —expresamente aludidos en el artículo 34, apartado 7, del Real Decreto-ley 8/2020—, pero también a todos los contratos de concesión que estuvieran vigentes y que hubieran sido adjudicados conforme a la anterior legislación de contratación pública⁴.

³ 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.

⁴ Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales; Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobaba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado; Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; y TRLCSP.



Sin perjuicio de lo expuesto, a nuestro juicio, el elemento determinante para que puedan aplicarse las previsiones del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 es que el contrato, con independencia de su calificación, participe de las notas características de las concesiones de obras o de las concesiones de servicios, máxime si se tiene en cuenta que en la legislación anterior a la actual LCSP no se utilizaba la denominación de contrato de concesión de servicios.

En este sentido, la dificultad para encajar, al amparo de los tipos contractuales definidos en el TRLCSP, determinadas prestaciones —en las que el contratista asumía el riesgo del contrato— en el contrato de servicios o en el contrato de gestión de servicios públicos condujo a que algunos contratos fueran calificados como contratos administrativos especiales. Así lo reconoce la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid núm. 153/2017, de 17 de mayo, que declara:

«La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, vigente la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, venía calificando como contratos administrativos especiales, fundamentalmente a aquellos en los que la actividad a desarrollar por la empresa adjudicataria constituía una actividad relacionada con el giro o tráfico de la entidad contratante cuando la misma no se dirige directamente a la Administración sino a un tercero, el usuario, y además la retribución del contratista proviene no de la propia Administración, sino de los precios que satisfacen los usuarios, unido a la asunción por el contratista el riesgo en la prestación del servicio.»

Asumiendo el contratista el riesgo del contrato y no siendo posible su calificación como gestión de servicio público, por no ser un servicio encomendado a una administración, concluye que lo adecuado es calificarlo como administrativo especial.»

A tal efecto, cabe recordar que es doctrina consolidada la relativa a que el régimen jurídico aplicable a un determinado negocio jurídico viene dado por la verdadera naturaleza jurídica del mismo, con independencia de la denominación que se le hubiera dado a dicho negocio jurídico.

A propósito de lo expuesto, procede traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 693/2019, de 18 de diciembre, en la que se declara que *«los contratos son lo que son, según su naturaleza jurídica, y no lo que las partes dicen que son (irrelevancia del nomen iuris, por todas, sentencias 765/2010, de 30 de noviembre; y 335/2013, de 7 de mayo)».*

Por tanto, en el caso de contratos que, celebrados al amparo de la normativa anterior a la actual LCSP, se caracterizaran por la traslación del riesgo operacional al adjudicatario, sería viable acudir al mecanismo de compensación articulado en el Real Decreto-ley 8/2020, si bien, deberá analizarse cada supuesto concreto a fin de delimitar si concurre dicha traslación del riesgo.

En relación con las características del contrato de concesión de servicios y, en particular, la relativa a la traslación del riesgo operacional, resulta ilustrativa la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía núm. 203/2019, de 25 de junio, que ha señalado:

«Asimismo, como ya señaló este Tribunal en su Resolución 51/2016, de 25 de febrero, el riesgo de demanda —a que alude el artículo 5 de la Directiva de concesiones y los artículos 14.4 y 15.2 de la LCSP— cubre las variaciones que pueden producirse a lo largo de la vida del contrato de la demanda de los servicios, debido a factores ajenos. Este riesgo de demanda o de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, los apartados 66 y 67 de la antes citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 Eurawasser), puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véanse, en este sentido, las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, apartado 74). En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato de servicios o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler.

Pues bien, tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones de ejecución del contrato examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de concesión de servicios. En este sentido, lo que distingue a uno y otro no es la actividad que pueda ser objeto de la contratación, sino la traslación del riesgo de la explo-



tación o «riesgo operacional» a la entidad adjudicataria; es decir, si la empresa contratista asume un riesgo operacional en la explotación del servicio en el sentido que definen los artículos 5 de la Directiva de concesiones y 14.4 y 15.2 de la LCSP.»

Asimismo, el Informe núm. 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su conclusión segunda ha establecido que *«en la actualidad un contrato en que la retribución del contratista derive de la explotación del servicio y, en consecuencia, de los precios pagados por los usuarios, y con transferencia del riesgo de explotación, es decir, con asunción por el contratista de los riesgos de oferta, de demanda y de responsabilidad frente a terceros, ha de calificarse como contrato de concesión de servicios».*

Por su parte, la Resolución del Organismo Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi núm. 46/2020, de 2 de marzo, incide en el requisito de la traslación del riesgo operacional:

«Una vez descartada la naturaleza patrimonial del contrato, debe determinarse si se trata de un contrato de servicios o de una concesión de servicios. Debe recordarse que lo que distingue al primero del segundo no es su objeto, que en ambos casos es la adquisición de un servicio, sino la contraprestación, que en el primero es un precio y en el segundo consiste en el derecho a explotar el servicio (acompañado o no de un precio) siempre y cuando además se traslade el «riesgo operacional» al adjudicatario en el sentido definido en el artículo 15.2 de la LCSP (ver, por ejemplo, la Resolución 68/2018 del OARC/KEAO).

Al respecto, se observa que en la cláusula 3 de la Carátula del PCAP se establece que “Dadas las características del contrato, la OSI Goierri Alto Urola no llevará a cabo ningún pago económico por la prestación del servicio. La empresa adjudicataria cobrará directamente a las personas usuarias a través del precio que se fije en la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa”. De lo transcrito se desprende que existe un riesgo de demanda (artículo 15 en relación con el 14.4, ambos de la LCSP), dado que no está garantizada la posibilidad de que los potenciales usuarios soliciten los servicios objeto del contrato en número suficiente para la obtención de beneficios y no de pérdida.»

Admitido lo anterior, parece razonable realizar una *recalificación* del contrato a los meros efectos de lo dispuesto en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 y considerar que las previsiones recogidas en dicho precepto son aplicables a aquellos

contratos que, celebrados al amparo de la normativa anterior a la LCSP, no hubieran sido calificados como de concesión de servicios o de gestión de servicio público, pero se caractericen por la traslación del riesgo operacional al concesionario, siempre que concurren las condiciones señaladas en dicho precepto —que el reequilibrio venga motivado por la imposibilidad de ejecutar el contrato como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración Local para combatirlo—, puesto que, de lo contrario, el restablecimiento del equilibrio económico de aquellos contratos que estén calificados como de concesión o de gestión de servicio público podría articularse con base en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 y sin embargo, el de aquellos otros contratos que participando de la naturaleza concesional hubieran sido celebrados por las entidades del sector público pero que, conforme a la normativa vigente en el momento de su adjudicación, no fueran encuadrables formalmente en una de aquellas modalidades, se verían privados de la vía contemplada en el indicado precepto.

Asimismo, en apoyo de extender las previsiones del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, a los contratos en los que existe traslación del riesgo operacional, procede traer a colación, *mutatis mutandi*, la argumentación sostenida por la Abogacía del Estado en su informe de 14 de abril de 2020:

«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 estas sometan su actuación al Derecho público o al Derecho privado» (el subrayado es nuestro).



Por último, cabe significar que algunos autores han reconocido de forma expresa la posibilidad de aplicar las previsiones del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 a aquellos contratos administrativos especiales en los que exista traslación al contratista del riesgo operacional⁵.

2.2. Ámbito temporal de aplicación del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020

Las previsiones contenidas en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 tienen una vigencia limitada en el tiempo, en consonancia con la situación excepcional a la que pretenden hacer frente.

En este sentido, la disposición final décima de la referida norma declara que *«con carácter general, las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma»*. Ello significa que únicamente podría compensarse con fundamento en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, la pérdida de ingresos o el incremento de costes que se hubiera producido con motivo de la imposibilidad de ejecución de un contrato concesional como consecuencia de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatir la pandemia desde la fecha de publicación en el Boletín Oficial del Estado del Real Decreto-ley —esto es, desde el 18 de marzo de 2020 (conforme a lo señalado en la disposición final novena) hasta un mes después de la finalización del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo y que fue objeto de sucesivas prórrogas hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020.

Por tanto, la viabilidad jurídica de las compensaciones que pretendan articularse con base en las previsiones del Real Decreto-ley 8/2020 deberá analizarse atendiendo al momento temporal a que dichos reequilibrios van referidos, pues ello determinará, según el caso, la posibilidad de acudir a la indicada norma o bien, la necesidad de recurrir a la legislación ordinaria de contratación pública.

⁵ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.: *Consecuencias jurídicas del estado de alarma en contratos relacionados con máquinas vending (instalación y explotación de máquinas expendedoras de productos de alimentación y bebidas) calificados como contratos administrativos especiales*. Observatorio de Contratación Pública, 22 de mayo de 2020.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.: «COVID-19 y contratación pública», 30 de abril de 2020.

2.3. Requisitos para la aplicación del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020

Una vez determinadas las modalidades contractuales amparadas en las previsiones del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 y su ámbito de vigencia, deben analizarse las condiciones requeridas por el citado precepto para que los titulares de las concesiones de obras y de servicios puedan obtener la compensación que en el mismo se regula.

En particular, el referido precepto requiere que concurren las siguientes condiciones: que haya existido una imposibilidad de ejecutar el contrato como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas y la Administración Local para combatirla; que dicha imposibilidad sea apreciada por el órgano de contratación; que exista una previa solicitud de compensación por el contratista, y que este acredite fehacientemente la realidad, efectividad e importe de los gastos en que hubiera incurrido.

De los requisitos expuestos, las mayores controversias han surgido en torno a la interpretación del concepto de *imposibilidad de ejecución del contrato*. Concretamente, el artículo 34, apartado 4, *in fine*, dispone que *«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»*.

A la luz de la literalidad del precepto, parece que la voluntad del legislador es que el derecho de compensación que contempla el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 pueda ejercitarse únicamente en aquellos supuestos en que la situación de hecho ocasionada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatirlo hubieran determinado la imposibilidad de ejecutar el contrato.

Esta interpretación es sostenida por la Abogacía General del Estado en su informe de 1 de abril de 2020, en el que se analiza el concepto de imposibilidad en los siguientes términos:

«— 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.



- *La imposibilidad supone la inviabilidad absoluta de ejecutar el contrato, lo que no sucede cuando este pueda continuar, aunque, debido al estado de alarma, varíe el modo en que puede ejecutarse.*
- *La imposibilidad puede existir desde el mismo momento en que se decreta el estado de alarma o posteriormente, como consecuencia de la adopción de nuevas medidas por el Gobierno, o por el cambio de las circunstancias en que se desarrolla el contrato.»*

Conforme al criterio expuesto por la Abogacía General del Estado, el concepto de *imposibilidad* implica una inviabilidad absoluta de la ejecución del contrato. Ahora bien, dicha postura ha sido cuestionada por parte de algunos autores⁶ que abogan por una interpretación flexible de la norma y ponen de manifiesto los perjuicios ocasionados a los titulares de aquellas concesiones ligadas a la prestación de servicios esenciales, en las que no existiendo una imposibilidad de ejecución, la demanda se vio sustancialmente minorada como consecuencia de la declaración del estado de alarma. Ejemplo de dicha situación son aquellos contratos de concesión de obra y de concesión de servicios en los que la retribución del concesionario se encuentra directamente vinculada al uso de la obra o servicio público por parte de los ciudadanos y en los que el contratista ha asumido el denominado *riesgo de demanda*, en consonancia con la traslación del riesgo operacional característica de los contratos de concesión.

Por su parte, el legislador vino a matizar el concepto de imposibilidad, al incorporar, en virtud del Real Decreto-ley 17/2020, en el artículo 34, apartado 4, *in fine* una mención a que el derecho a la compensación procederá «únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad».

A nuestro juicio, la literalidad del precepto es clara, cuando exige que por el órgano de contratación se aprecie la *imposibilidad de ejecución del contrato*. Y la necesidad de que concurra dicha imposibilidad resulta reforzada como consecuencia de la modificación incorporada por la referida disposición final novena del Real Decreto-ley 17/2020.

Por tanto, la imposibilidad de ejecución del contrato podrá ser total o parcial, pero el derecho del concesionario a ser compensado conforme a lo establecido en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 requiere que concurra dicha

⁶ SOLA RODRÍGUEZ, G. «Algunas consideraciones sobre el requisito procedimental de la apreciación de la imposibilidad de ejecución del contrato previsto en el art. 34.4 RD-Ley 8/2020». *Actualidad Administrativa*, n.º 9, Sección Actividad económica de la Administración, septiembre 2020. Wolters Kluwer.

imposibilidad, por lo que una mera disminución de la demanda por parte de los usuarios no sería suficiente para amparar la compensación regulada en el indicado precepto.

Cuestión distinta es que como consecuencia de las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatir la pandemia hubiera concesiones cuya ejecución no hubiera devenido total o parcialmente imposible, pero en las que se hubiera producido una ruptura sustancial de la equivalencia de las prestaciones inicialmente consideradas que afecten directamente a la economía de la concesión. En estos supuestos, y en función de las condiciones concurrentes en cada caso, podría acudir, a nuestro juicio, a la legislación ordinaria para valorar si resulta aplicable alguna de las causas que pueden amparar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en los términos que expondremos en el epígrafe 3⁷.

Sin embargo, el informe de la Abogacía General del Estado de fecha 1 de abril de 2020 citado *ut supra*, parece que apunta una solución distinta. Concretamente, el citado informe sostiene que cuando hay una reducción de la demanda en una concesión —en ese supuesto se analizaba el caso de las concesiones de autopistas de peaje— no podría acudir a la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio, al señalar que *«la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del COVID-19 no permite que, mediante la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones, se acaben renegociando los contratos de concesión y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020»*⁸.

⁷ En este mismo sentido, BOTELLA CARRETERO, J., «La crisis del coronavirus COVID-19 y el art. Del Real Decreto-Ley 8/2020», *Actualidad Administrativa*, n.º 6 (2020), p. 3: *«Por lo tanto, cabe preguntarse qué pasa con aquellas concesiones cuya ejecución no ha devenido imposible, pero en las que se produce una ruptura de la equivalencia de las prestaciones inicialmente consideradas que afectan directamente a la economía de la concesión». La respuesta se halla, a nuestro juicio, en la aplicación de la normativa general de contratos»*.

⁸ En particular, el informe de la Abogacía General del Estado de fecha 1 de abril de 2020 recoge la siguiente argumentación:

«(...) Igualmente, se estima que esa reducción de vehículos e ingresos tampoco sería equiparable a "fuerza mayor", a "circunstancia imprevisible" o a "factum principis" ("actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinarían de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato") a los efectos de, respectivamente, amparar un reequilibrio del contrato de obras con base las normas generales aplicables al contrato de concesión (por ejemplo, el vigente 270.2 de la LCSP). Esto se justifica por las razones siguientes:

— Porque el artículo 34 del RDL 8/2020 excluye que la situación de hecho por el Covid-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor; de ahí que no lo califique como tal y que expresamente declare inaplicables los artículos de la legislación de contratos referidos a la fuerza mayor.



Dicho criterio es refrendado para el caso de los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general de titularidad de la Administración General del Estado y para las concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje, de las concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación y de las concesiones de áreas de servicio de la Red de Carreteras del Estado adjudicadas por el Estado, por los artículos 24 y 25 del 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 (en adelante, Real Decreto-ley 26/2020). Los referidos preceptos prevén que dichos contratos puedan ser reequilibrados económicamente por la situación de hecho creada por el COVID-19 y por las medidas adoptadas por el Estado para combatirlo, única y exclusivamente en los términos establecidos en los mismos, pero añaden que *«en ningún caso ese derecho podrá fundarse en las normas generales sobre daños por fuerza mayor o sobre restablecimiento del equilibrio económico que, en su caso, pudieran ser aplicables al contrato»*.

En nuestra opinión, la propia legislación especial contenida en los artículos 24 y 25 del Real Decreto-ley 26/2020 en la que se prevé un régimen específico para el restablecimiento del equilibrio económico de las modalidades de concesión que en los mismos se detallan, vendría a avalar que, en aquellos casos en que no exista una legislación específica y en los que no concurren alguna de las condiciones señaladas en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, pero se haya producido una alteración esencial de la economía del contrato, pueda acudir a la legislación ordinaria y al mecanismo del reequilibrio del contrato. En este sentido, mientras que los artículos 24 y 25 del Real Decreto-ley 26/2020 aluden de forma expresa a la imposibilidad de acudir a las normas generales sobre daños por fuerza mayor o sobre restablecimiento del equilibrio económico del contrato que fueran aplicables al mismo, el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 no contiene una mención similar, por lo que, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Asimismo, en apoyo de lo expuesto, cabe recordar que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 83/2021, citada *ut supra*, *«la legislación ordinaria de contratos públicos solo será aplicable para resolver las incidencias contractuales relacionadas con el COVID-19 cuando no se oponga al RD-ley 8/2020»*, por lo que en un supuesto en el que no se diesen los requisitos del artículo 34, apartado 4, del Real

– Porque la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del COVID-19 no permite que, mediante la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones, se acaben renegociando los contratos de concesión y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020.»

Decreto-ley 8/2020, como sería aquel en el que la ejecución del contrato no deviniera total o parcialmente imposible, no existiría una oposición a las previsiones del Real Decreto-ley 8/2020 y en consecuencia, podría acudir a la legislación ordinaria para tratar de restablecer el equilibrio económico del contrato.

2.4. Mecanismos para restablecer el equilibrio del contrato conforme al artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020

En cuanto a la forma en que podrá instrumentarse la compensación, el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, establece que podrá realizarse *«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»*.

Como puede apreciarse, la utilización de la conjunción disyuntiva «o» utilizada en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, parece poner de manifiesto que la voluntad del legislador es que el restablecimiento del reequilibrio económico del contrato en los supuestos regulados en dicho precepto sea materializado mediante la ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15 por 100 o, alternativamente, mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho criterio es sostenido en el informe de la Abogacía del Estado, de fecha 30 de marzo de 2020, en el que, a propósito de la interpretación del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, se indica cuanto sigue:

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

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

Añade el precepto que:

“Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se



considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.”

Esto significa que, mediante las medidas alternativas antes indicadas (ampliación del plazo de duración del contrato o modificación de sus cláusulas de contenido económico), pretende compensarse al contratista por los perjuicios sufridos por dos conceptos (...).»

Y añade:

«En efecto, ha de tenerse en cuenta que el restablecimiento del equilibrio contractual no siempre se logrará mediante una ampliación del plazo del contrato, pues alternativamente podrá tener lugar, según se ha visto, modificando las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.»

La Circular 2/2020, de 8 de abril, de la Dirección General de Contratación del Gobierno de Aragón, sobre la interpretación del Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 relacionadas con la contratación pública, señala, respecto a las opciones de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que *«si se aprecia derecho al reequilibrio económico del contrato, este puede consistir en: a) la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15%, o b) la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato»*.

Asimismo, el argumento relativo a que las medidas para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que contempla el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 tienen carácter alternativo y, por tanto, no pueden ser aplicadas de forma acumulativa es defendido mayoritariamente por la doctrina⁹.

⁹ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.: *El restablecimiento del equilibrio, cuando la ejecución sea materialmente imposible, se realizará mediante la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15% o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato*. Observatorio de Contratación Pública Local del COSITAL, 30 de abril de 2020.

SOLA RODRÍGUEZ, G. En, *Algunas consideraciones sobre el requisito procedimental de la apreciación de la imposibilidad de ejecución del contrato previsto en el art. 34.4 RD-Ley 8/2020, la Ley 9881/2020*, señala que *«El reequilibrio del régimen económico-financiero del contrato debe realizarse mediante la ampliación del período o duración de la concesión, con un límite del 15% de la duración inicial, o a través de la modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato»*.

Para el supuesto en que se opte por articular la compensación mediante la ampliación del plazo de ejecución del contrato, deberán tenerse en cuenta las concretas circunstancias que concurran en cada supuesto, con el límite máximo del 15 por 100.

Ello obedece a que el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 no otorga una autorización genérica para poder ampliar de forma automática la duración del contrato hasta un 15 por 100, sino que dicho límite no puede ser rebasado. El concreto porcentaje a ampliar será el estrictamente necesario para compensar las pérdidas y los costes que queden debidamente acreditados y que hubieran sido asumidos por el concesionario¹⁰. De concurrir los supuestos legalmente establecidos, será posible ampliar la duración del contrato por encima del plazo de finalización inicialmente previsto, incluso aunque el contrato se encuentre prorrogado.

LAZO VITORIA, X. En, *Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico?* Observatorio de Contratación Pública, en www.obcp.es, ha declarado que: «En el supuesto antes aludido (imposibilidad de ejecución), el art. 34.3 RD-ley 8/2020 reconoce al concesionario el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda, los siguientes mecanismos alternativos: a. Ampliación de la duración inicial hasta un máximo de un 15%; b. Modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato».

PASCUA MATEO, F.: «La contratación administrativa ante la COVID-19», *Revista de Administración Pública*, 213, 439-478. (2020): «Para los contratos de concesión de obra y de concesión de servicios, las medidas de contención de la pandemia «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».

GIMENO FELIU, J. M.: «La crisis sanitaria covid-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas».

¹⁰ Sobre este particular, el Informe núm. 34/2020 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado declara cuanto sigue:

«(...) el segundo párrafo del artículo 34.4 establece la extensión de la medida de reequilibrio del contrato, que alcanza únicamente a los conceptos que describe, esto es:

1. La pérdida de ingresos.
2. El incremento de los costes soportados.

Implica esto que la ampliación de la duración inicial, cuando sea la medida procedente, debe compensar económicamente estos dos conceptos de significado económico, pero sin exceder de dicha compensación. Dicho de otro modo, el precepto no implica una autorización genérica para extender la duración inicial del contrato un 15 por ciento en todos los casos, sino que ese porcentaje representa un límite máximo por encima del cual, por razones de seguridad jurídica, no cabe ampliar la duración de la concesión.

De este modo, lo procedente será que la extensión del plazo inicial tenga lugar, cuando proceda, adaptándose a las circunstancias de cada caso concreto, por el periodo que resulte necesario para compensar la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados que deriven de la situación de imposibilidad de ejecución del contrato. Otra solución podría representar un exceso y ser contraria a los principios básicos de la contratación pública, especialmente al de concurrencia.»



Por otra parte, será posible articular la compensación mediante una modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Ello permitiría, por ejemplo, que se acordara un incremento de la retribución del concesionario, un aumento de las tarifas a abonar por los usuarios, una reducción del importe del pago anual del canon; o una disminución o aplazamiento de las inversiones en obras de ampliación o mejora del servicio a realizar por el concesionario durante la vigencia del contrato.

3. Restablecimiento del equilibrio económico del contrato conforme a la legislación ordinaria de contratación pública

El derecho de los concesionarios de obras y de servicios para ser compensados por la pérdida de ingresos y por el aumento de los costes ocasionados con motivo de la crisis sanitaria causada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para combatirla con base en el artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020 queda condicionado por la vigencia de dicha norma.

Sin embargo, los efectos de la crisis sanitaria han continuado, una vez finalizada la vigencia del Real Decreto-ley 8/2020, y ello ha obligado a las Administraciones Públicas a seguir adoptando medidas que han incidido sobre los contratos de concesión.

En este punto, trataremos de determinar a qué mecanismos pueden acudir la Administración y los concesionarios para restablecer el equilibrio económico del contrato cuando los efectos de la pandemia y las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas hayan alterado el equilibrio económico del contrato.

Por tanto, una vez finalizada la vigencia del Real Decreto-ley 8/2020, es preciso acudir a la normativa ordinaria de contratación pública para tratar de delimitar los efectos que pudieran producirse. Asimismo, tal y como hemos sostenido *ut supra*, para los contratos de concesión en que, no concurriendo los requisitos del artículo 34, apartado 4, del Real Decreto-ley 8/2020, se hubiera producido una ruptura sustancial de la economía del contrato como consecuencia de las medidas adoptadas por la Administración para combatir la pandemia y no existiera una norma especial que impidiera de forma expresa acudir al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, podría recurrirse a la legislación ordinaria para tratar de determinar si las causas concretas que han alterado de forma esencial la economía del contrato pueden justificar el restablecimiento de dicho equilibrio.

En particular, para los contratos de concesión de obras, el artículo 270 de la LCSP admite la posibilidad de restablecer el equilibrio económico del contrato en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262.*
- b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239.»

Para los supuestos de contratos de concesión de servicios, el artículo 290, apartado 4, de la LCSP obliga a restablecer el equilibrio económico del contrato, en los siguientes términos:

«Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.*
- b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.*

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley.

En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.»



A la luz de la literalidad de los preceptos transcritos, se aprecia que existe una obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato en aquellos supuestos en los que el contrato sea modificado por razones de interés público y dicha modificación afecte al equilibrio financiero del contrato; en aquellos casos en que las actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, esto es, el denominado *factum principis*; y cuando concurren causas de fuerza mayor que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

En este contexto, debe analizarse la posibilidad de que los efectos que la pandemia hubiera producido sobre los contratos de concesión puedan ser compensados mediante el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, lo que exige que concorra alguna de las causas mencionadas en la LCSP.

Desde dicha perspectiva, la posibilidad de restablecer el equilibrio económico será viable, en primer término, cuando la Administración modifique el contrato y como consecuencia de dicha modificación se vea alterado su régimen financiero. La modificación podrá ser realizada con base en las causas específicamente previstas en el pliego por el que se rige la licitación —si bien, será prácticamente imposible que en el pliego por el que se regulan las concesiones de obras y de servicios que estuvieran vigentes al comienzo de la pandemia se hubiera previsto una causa que pueda amparar la circunstancia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19—. En otro caso, deberá valorarse la posibilidad de que la crisis sanitaria pueda tener acomodo en alguna de las causas de modificación recogidas en el artículo 205 de la LCSP.

A este respecto, cabe significar que el artículo 205, apartado 2, letra b), de la LCSP permite modificar el contrato:

«Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

- 1.º Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.*
- 2.º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.*
- 3.º Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente con otras modificaciones acordadas conforme a este artículo, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.»*

A la vista de dicha redacción parece razonable sostener que la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 es una circunstancia que una Administración diligente no hubiera podido prever¹¹, por lo que de darse las dos condiciones restantes –que no se altere la naturaleza global del contrato y la cuantía del mismo no exceda del 50 por 100 de su precio inicial aislada o conjuntamente con otras modificaciones– podría justificarse una modificación del contrato.

En dicho supuesto, si como consecuencia de dicha modificación se alterara el régimen financiero del contrato de concesión podría acudir al mecanismo del restablecimiento del equilibrio económico (arts. 270, apartado 2, letra a) y artículo 290, apartado 4, letra a) de la LCSP).

La segunda causa que puede amparar el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras y de concesión de servicios es el denominado *factum principis*, esto es, actuaciones de la Administración concedente que determinen de forma directa la alteración esencial de la concesión. En este caso, es preciso que concurren dos presupuestos para que pueda aplicarse la indicada causa.

El primero de ellos es que se produzca una ruptura sustancial de la economía del contrato. Tal ruptura no puede quedar comprendida en el alea del contrato, sino que ha de tratarse de un quebranto exorbitante, de tal entidad y alcance que de no adoptarse las medidas compensatorias oportunas devendría imposible el mantenimiento de la explotación del servicio público.

Lógicamente, para apreciar la concurrencia de este presupuesto, será necesario cuantificar y probar el desequilibrio producido. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 2004 manifiesta lo siguiente:

«Pero no puede apreciarse que haya existido arbitrariedad al pronunciarse sobre la prueba, y sí por el contrario que asiste la razón a la Sentencia recurrida. Tanto los documentos del expediente como la prueba procesal, si bien contie-

¹¹ Sobre el concepto de imprevisibilidad, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008 señala que concierne a «sucesos que sobrevienen con carácter extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación».

Por su parte, el informe 5/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, entiende que para determinar si una circunstancia acaecida con posterioridad a la adjudicación del contrato y que afecta a su ejecución puede ser considerada imprevista debe atenderse a dos elementos. De una parte, que tal circunstancia hubiera podido o debido ser prevista. Y en segundo lugar, que la falta de previsión no obedezca a la negligencia en el modo de proceder de los órganos que intervinieron en la ejecución del contrato.



nen estimaciones de la cuantía total del perjuicio, no la prueban ni justifican detalladamente y versan sobre todo sobre la difícil situación económica de la concesionaria debida a la aguda conflictividad laboral producida en la empresa. Pero justamente esto último es consecuencia del alea o riesgo empresarial que no debe ser tenido en cuenta a efectos del equilibrio económico-financiero de la concesión, como acertadamente declara la Sentencia recurrida.»

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2010 admite la técnica del reequilibrio cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo, que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura.

A fin de determinar si se ha producido una ruptura sustancial de la economía del contrato, cabe recordar que el Tribunal Supremo trató de delimitar dicho concepto jurídico indeterminado, entre otras, en las Sentencias de 6 de mayo de 2008 y de 4 de junio de 2008.

Dichas sentencias apreciaban que concurría un desequilibrio económico *«suficientemente importante o significativo»* cuando el mismo giraba en torno a un porcentaje del 2,5 por 100 del precio del contrato, basándose en determinados Dictámenes del Consejo de Estado —entre otros, los Dictámenes 50293, 50299 y 50295/1987, de 5 de noviembre— y a la vista de lo que se disponía en el ya derogado párrafo 2 del artículo 4 del Decreto-ley de 6 de febrero de 1964, por el que se modifica el 16/1963, de 10 de octubre, sobre inclusión de cláusulas de revisión en los contratos del Estado y Organismos autónomos.

No obstante, la fórmula utilizada por el Tribunal Supremo, *«alrededor del porcentaje del 2,5 por 100»*, fue matizada. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2008 declaró que:

«Debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo. En el momento actual no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero al cifrarlo en el 2,5% del contrato, supuestos analizados en las

sentencias esgrimidas. Y por ello la Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57% en presupuesto inicial, o 3,14% en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible.»

En consonancia con dicho pronunciamiento, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de octubre de 2009, aclaró que los índices de referencia utilizados en sentencias anteriores deben utilizarse solo en *defecto de mejor criterio* y debiendo ser analizados conjuntamente con el contexto total de la contratación.

El segundo requisito que ha de concurrir es que entre el desequilibrio económico y la actuación administrativa exista una relación directa, de tal modo que la acción de la Administración, aun habiéndose originado fuera del ámbito contractual, sea la causante de la ruptura del equilibrio económico del contrato. Por lo que también será preciso acreditar esa relación de causalidad.

A este respecto, cabe destacar que para que pueda darse un supuesto de *factum principis* se requiere una medida general adoptada por la Administración concedente. En este punto, la actual LCSP es más restrictiva que sus predecesoras, que no especificaban que la medida debía provenir de la Administración concedente, si bien, la doctrina administrativa y la jurisprudencia mayoritaria apuntaban la dificultad de acudir al *factum principis* en aquellos supuestos en que la medida hubiera sido adoptada por una Administración distinta de la concedente.

En este sentido, el Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón declara que:

«Según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado –Informe 7/2003, de 22 de diciembre–, el “factum principis” consiste en la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación, debido a medidas administrativas generales que, aunque no modifican directamente el objeto del contrato, ni lo pretenden, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de este. El concepto del «factum principis» se encuentra también recogido en numerosos dictámenes del Consejo de Estado, que reproducen la definición del dictamen número 3.725, de 12



de noviembre de 1948, según el cual existe "factum principis" cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del «imperium» (dictamen del Consejo de Estado, expediente 31/1992). De esta definición, se desprende que el "factum principis" ha de ser imputable a la propia Administración contratante.»

Asimismo, el Dictamen del Consejo de Estado número 1030/2015, de 21 de enero, incide en el riesgo que supone para la Administración contratante poder convertirse en garante frente a terceros de la posición jurídica inicial del concesionario, especialmente si los actos son realizados por otras Administraciones públicas que actúan amparadas por sus propias competencias:

«La aplicación de esta teoría únicamente resulta viable cuando la medida que da lugar al desequilibrio contractual procede de la Administración concedente y que reconducen los desequilibrios generados como consecuencia de la adopción de la medida en cuestión por una administración distinta a la doctrina del riesgo imprevisible...»

La idea de que las medidas administrativas que determinan una mayor onerosidad para el contratista deben ser adoptadas por la Administración contratante se recoge, igualmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo 19 de diciembre de 2019 que señala que *«una cosa es que la Administración concedente deba responder por lo que ya existe y es conocido en el momento de convocar el concurso, pues forma parte de la realidad en la que va a insertarse la concesión, y otra, bien distinta, que deba responder por decisiones posteriores de otros sujetos».*

Por tanto, si como consecuencia de las medidas adoptadas por la Administración concedente para paliar la pandemia (reducción de aforos, protocolos de seguridad, reducción de horarios de apertura...) se hubiera producido una ruptura esencial de la economía del contrato podría restablecerse el equilibrio económico con base en la causa del *factum principis* (art. 270, apartado 2, letra b) y art. 290, apartado 4, letra b), de la LCSP).

En el supuesto en que fuera una Administración distinta de la concedente la que hubiera aprobado una disposición general con posterioridad a la formalización del contrato y ello determinara que el contrato de concesión de obras o de concesión de servicios resultase extraordinariamente oneroso para el concesionario, el concesionario tiene derecho a desistir del contrato (art. 270, apartado 4 y art. 290, apartado 6 de la LCSP). Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las

Administraciones suponga un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por 100 del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar. En este caso, la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.

En último término, la LCSP admite el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A este respecto, la propia LCSP define, a efectos de contratación pública, los supuestos que quedan englobados en el concepto de fuerza mayor, mediante una remisión a su artículo 239, que incluye en dicha categoría los siguientes supuestos:

- a) *Los incendios causados por la electricidad atmosférica.*
- b) *Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*
- c) *Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.»*

A propósito de los supuestos de fuerza mayor enumerados en la legislación ordinaria de contratación pública, la doctrina y la jurisprudencia sostiene que tienen carácter tasado y que deben ser objeto de una interpretación restrictiva¹².

Como puede apreciarse, los efectos derivados de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 tienen difícil encaje en los supuestos enumerados en el artículo 239, que vienen asociados principalmente a fenómenos naturales, por lo que no parece posible que las alteraciones del equilibrio económico del contrato derivadas de la pandemia puedan ser amparadas en la causa de fuerza mayor¹³.

¹² Vid. gr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2005 (rec. 5247/2000) y el Dictamen del Consejo de Estado 14/2010, de 11 de marzo.

¹³ A este respecto, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado núm. 38/2020 ha analizado la posibilidad de aplicar el concepto de fuerza mayor a la situación ocasionada por el COVID-19 y ha declarado cuanto sigue:

«A mayor abundamiento hay que señalar que la dicción del artículo 239 encaja con dificultad con el caso que nos ocupa. En efecto, la llegada de una pandemia dista de identificarse con incendios, con fenómenos naturales de efectos catastróficos o con destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público. Por el contrario, la situación creada por el COVID-19 ha sido extensa y pormenorizadamente regulada por el legislador en materia de contratos públicos, de modo que solo y exclusivamente los efectos por este previstos de modo expreso pueden servir para resolver los problemas que ha planteado.»



Por otra parte, para que pueda acudir al mecanismo del reequilibrio económico por razón de fuerza mayor, el artículo 270 y el artículo 290 de la LCSP exigen que la causa de fuerza mayor determine la ruptura sustancial de la economía del contrato. Por tanto, aun cuando hipotéticamente pudiera admitirse que la situación ocasionada por el COVID-19 es asimilable a los supuestos de fuerza mayor, resultará difícil acreditar la existencia de una relación directa entre aquel y la alteración del equilibrio económico, cuando la ruptura de la economía del contrato derive de las medidas acordadas por la Administración y no de la pandemia en sí misma considerada.

En cuanto a la forma en que podría articularse el reequilibrio con base en la legislación ordinaria de contratación pública, debe acudir a lo establecido en el artículo 270, apartado 3 y en el artículo 290, apartado 5, de la LCSP en los que se declara que *«en los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato»*.

Asimismo, cuando el fundamento del reequilibrio sea el *factum principis* o la concurrencia de supuestos de fuerza mayor, los referidos preceptos amparan la ampliación del plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por 100 de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

Por otro lado, tampoco parece que conforme al derecho privado una situación como la descrita en la consulta pueda identificarse con el concepto de fuerza mayor. El principio "casum sentit dominus" solo puede ceder, en caso de fuerza mayor, cuando la obligación no pueda ser cumplida. Así lo declara el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), en su Sentencia núm. 637/1999 de 13 julio, al precisar respecto de la fuerza mayor "su carácter absoluto productor de un incumplimiento "legal" de las obligaciones." En efecto, la Jurisprudencia viene exigiendo como requisitos de la fuerza mayor que "el hecho sea, además de imprevisible o que previsto sea inevitable, insuperable e irresistible y que, por aplicación de los arts. 1182 y 1184 del C. Civ. haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que, conforme a los arts. 1902 y 1903 y siguientes del mismo Código sustantivo, pueda sobrevenir, debiendo existir entre el daño producido y el evento que lo produjo un nexo de causalidad eficiente." (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de noviembre de 1980). En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) en su Sentencia núm. 1321/2006 de 18 diciembre, donde señala que "la fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido «a posteriori» de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado (S. 24 de diciembre de 1999)" En un caso como el planteado en la consulta, en que la obligación ha podido seguir cumpliéndose, bien que por un precio o en condiciones diferentes, la aplicación del concepto de fuerza mayor no es posible desde el punto de vista jurídico.»

4. Conclusiones

La crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 ha afectado a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que han tenido que adaptarse a las nuevas medidas implantadas por las Administraciones Públicas y que, en ocasiones han visto alterado su equilibrio económico como consecuencia de dichas medidas.

Para tratar de paliar dichos efectos, el Real Decreto-ley 8/2020 reconoció el derecho de los concesionarios a ser compensados por la pérdida de ingresos y por el aumento de los costes que dichas medidas les hubieran podido ocasionar mediante una 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. Ahora bien, las medidas contempladas en dicha norma tienen un ámbito de aplicación limitado por la vigencia del indicado Real Decreto-ley.

Por tal motivo, para tratar de paliar los efectos derivados de la crisis sanitaria, una vez finalizada la vigencia del Real Decreto-ley 8/2020, parece razonable acudir a los mecanismos regulados en la legislación ordinaria, y, en concreto, al instrumento del reequilibrio económico del contrato, cuando la incidencia de la pandemia sobre el contrato de concesión hubiera supuesto una ruptura sustancial de su economía.

Como regla general, podrá recurrirse al mecanismo del reequilibrio cuando la alteración de la economía del contrato sea una consecuencia directa de las medidas adoptadas por la Administración concedente. Igualmente, cuando como consecuencia de la modificación del contrato se hubiera alterado su régimen financiero. Mayor dificultad plantea la posibilidad de amparar el reequilibrio económico en la causa de fuerza mayor.

Asimismo, parece razonable acudir a la legislación ordinaria para dar solución a aquellos supuestos de alteración de la economía del contrato, producidos bajo la vigencia del Real Decreto-ley 8/2020, cuando no concurren las circunstancias señaladas en el artículo 34, apartado 4, de dicha norma y, además, no exista una legislación específica que determine la imposibilidad de acudir a la legislación ordinaria.

BIBLIOGRAFÍA

- BOTELLA CARRETERO, J. (2020). «La crisis del coronavirus COVID-19 y el art. del Real Decreto-ley 8/2020». *Actualidad Administrativa*, núm. 6, junio. Wolters Kluwer.
- CASCALES MORENO, F. J. (2020). «El artículo 34 n.ºs 1 y 4 del Real Decreto ley 8/2020; medidas ante el COVID-19 para los servicios públicos de transporte de viajeros por



carretera permanentes de uso general (contratos de concesión de servicios) y de uso especial (contratos de servicios de prestación continuada)». *Tráfico y Seguridad Vial*, n.º 249, abril. Wolters Kluwer.

GIMENO FELIU, J. M. (2020). «Crisis sanitaria COVID 19 y su incidencia en la contratación pública». *El Cronista*, marzo-abril.

GIMENO FELIU, J. M. (2020). *La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre su incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas*. Observatorio de Contratación Pública, marzo.

LAZO VITORIA, X. En, *Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico?* Observatorio de Contratación Pública.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (2020). «COVID y contratación pública». *El Consultor de los Ayuntamientos*, 20 de marzo.

PASCUA MATEO, F. (2020). «La contratación administrativa ante la COVID-19». *Revista de Administración Pública*, 213, 439-478.

PINTOS SANTIAGO, J. (2015). «De los contratos de servicios a las concesiones de servicios. Técnicas contractuales intercambiables: diferencias prácticas y de régimen jurídico (II)». *Gabilex*, núm 4, diciembre.

SOLA RODRÍGUEZ, G. (2020). «Algunas consideraciones sobre el requisito procedimental de la apreciación de la imposibilidad de ejecución del contrato previsto en el art. 34.4 RD-ley 8/2020». *Actualidad Administrativa*, n.º 9, septiembre. Wolters Kluwer.

TENA RUIZ, J. y HONTANILLA TORRES, P. (2020). «Efectos de las medidas que se adopten en relación al coronavirus (COVID-19) sobre los contratos públicos actualmente vigentes». *Contratos del Sector Público*, marzo.

TORNOS MAS, J. (2020). «COVID 19, contratos concesionales y reequilibrio económico». *Observatorio de Contratación Pública*, junio.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2020). *Consecuencias jurídicas del estado de alarma en contratos relacionados con máquinas vending (instalación y explotación de máquinas expendedoras de productos de alimentación y bebidas) calificados como contratos administrativos especiales*. Observatorio de Contratación Pública, mayo.