

COVID19, CONTRATOS CONCESIONALES Y REEQUILIBRIO ECONÓMICO.

Por Joaquín Tornos Mas

Catedrático de derecho administrativo. Abogado.

1.- COVID 19 y ruptura del equilibrio económico en la contratación pública.

El estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, con el fin de hacer frente a la pandemia provocada por el COVID-19, así como sus sucesivas prórrogas aprobadas por el Congreso de los Diputados, ha alterado de muy diferentes formas los procesos de ejecución de las distintas modalidades de contratos públicos. Una situación particular es la de los contratos de concesión de obras y servicios, así como la relativa a otros servicios que se venían prestando mediante contratos de gestión de servicios públicos por operadores privados, contratos caracterizados por los principios de riesgo y ventura del contratista pero también por los principios de continuidad del servicio y mantenimiento del equilibrio económico financiero.

El Real Decreto 463/2020, por el que se declaró el estado de alarma, y algunas normas dictadas en su desarrollo, afectaron de forma directa a la ejecución de contratos concesionales. Ante esta situación el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, estableció un régimen excepcional de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos de concesiones de obras y de servicios, en caso de que fuera imposible su prestación. Concretamente, el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020 dispuso que:

“En los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por entidades del sector público en el sentido definido por 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 a los concesionarios al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante,

según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo del 15 por 100 o mediante una modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio compensará en todo caso a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieren abonado, respecto de los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente 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 el primer párrafo.”

Este apartado 4 no fue modificado por el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, que sin embargo añadió un nuevo apartado 7 al artículo 34, según el cual:

“A los efectos de este artículo sólo tendrán la consideración de <<contratos públicos>> aquellos contratos que con arreglo a sus pliegos estén sujetos a: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, ..., o el 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 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 el Libro I del Real Decreto Legislativo 3/2020, de 3 de febrero, ... “

Las quejas a que las medidas de reequilibrio económico se vincularan de forma exclusiva a que las medidas administrativas conllevaran la imposibilidad total en la prestación del servicio, quejas formuladas en este sentido por parte de diferentes agentes y, en particular, por la Asociación Española de Empresas de Gestión de Servicios Urbanos de Agua -AGA-, en escrito de 3 de abril, dirigido a la Ministra de Transición Ecológica y Reto Demográfico, debieron de surtir algún efecto. Así, en el Real Decreto-Ley 17/2020, de 5 de mayo, se modifican los

apartados 4 y 7 del artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020. En cuanto al apartado 4, se da nueva redacción a su último párrafo, en los términos siguientes:

“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 a la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.”

En principio, pues, con la nueva redacción, parece admitirse que las medidas excepcionales se podrán aplicar en los casos de imposibilidad total o parcial de prestar el servicio.

Además, el Real Decreto-Ley 17/2020 añade un párrafo final al 34.7 del Real Decreto-Ley 8/2020 -el relativo a la consideración de *contratos públicos* introducido por el Real Decreto-Ley 11/2020- con la redacción siguiente:

“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 realización de la prestación, así como los contratos de concesión, ya sean de obras o de servicios, incluidos los 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. En estos contratos, no resultará de aplicación a las suspensiones a las que se refiere el presente artículo, además de las disposiciones señaladas en sus apartados 1 y 3, lo dispuesto en los artículos relativos a indemnizaciones por suspensiones de contratos en la normativa de contratación pública anterior al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que se aplicable a los mismos, ni aquellas indemnizaciones por suspensión previstas en los pliegos de contratos en el ámbito de la normativa de contratación pública en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.”

Redacción que disipa las dudas sobre el alcance de la consideración de contratos públicos, referida a toda clase de concesiones y demás contratos de gestión de servicios públicos, con independencia de la legislación a la que estén sujetos.

A partir de la nueva redacción del artículo 34.4 y 34.7 del Real Decreto-Ley 8/2020, dada por el Real Decreto-Ley 17/2020, nuestro estudio tiene como objeto analizar la interpretación de esta normativa vinculada directamente a la fase de alarma y a las medidas adoptadas en base a esta situación de excepción, pero también plantear la situación de los concesionarios una vez finalice la situación de alarma pero se mantenga una realidad económica que afectará al equilibrio económico financiero de sus contratos.

En relación sobre este segundo punto creemos que hay que tener en cuenta lo que ha dicho José Esteve sobre las medidas de excepción, en un breve artículo titulado “El manejo de los tiempos legislativos en la crisis del COVID19”, 18 de mayo de 2020. Respecto a estas medidas el citado profesor nos dice que “son medidas de una trascendencia e impacto tales que no van a quedar circunscritas al ámbito de aplicación de esa ley de excepción, sino que van a tener unos efectos conformadores de una realidad que se prolongará durante un tiempo y que dejará una marcada impronta en toda una serie de realidades jurídicas y sociales. Se conformará una nueva normalidad, una normalidad especial, previsiblemente una normalidad transitoria, a la que no será aplicable desde luego la legislación de excepción que rigió los momentos más críticos y amparó medidas rigurosamente excepcionales, pero tampoco creo que resultará de aplicación la legislación ordinaria, anterior a la crisis del COVID-19”. Volveremos sobre este punto.

2.- Aplicación del régimen excepcional del artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020 a las concesiones y otras formas de gestión indirecta de servicios públicos.

2.1.- Clases de contrato a los que aplica el artículo 34.4 en relación con el 34.7

Como hemos visto el régimen extraordinario de restablecimiento del equilibrio económico aplica a los contratos de concesiones de obras y servicios celebrados por entidades del sector público en el sentido del artículo 3 de la LCSP de 2017. Desde este punto de vista subjetivo, quedan comprendidos en su ámbito de aplicación los contratos de concesión adjudicados por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades locales -municipales o supramunicipales-. Por lo tanto, no parece haber problemas de aplicación de este régimen excepcional de restablecimiento del equilibrio económico a todos los contratos administrativos de concesión de obras y de servicios y, por extensión, a los de gestión indirecta de servicios públicos, con independencia de la legislación a la que estén sujetos en función de la fecha en

que fueron adjudicados. La nueva redacción dada a los últimos párrafos de los apartados 4 y 7 de artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 por el Real Decreto-Ley 17/2020 confirman esta extensión del ámbito de aplicación del precepto indicado.

Por otra parte, la aparente limitación que suponía el nuevo apartado 34.7, introducido por el Real Decreto-Ley 11/2020, relativo a la consideración de “contratos públicos” solo a los sujetos a la LCSP de 2017 y al TRLSCP de 2011¹, queda disipada en el último párrafo de este artículo, incorporado por el Real Decreto-Ley 17/2020, en el sentido de que, también tienen dicha consideración

*“... los contratos de concesión, ya sean de obras o de servicios, incluidos los 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.**”*

Así pues, el régimen excepcional de restablecimiento del equilibrio económico no aplicaría solamente a la digamos *nueva concesión* de la LCSP de 2017, surgida de la transposición de la Directiva 2014/23/UE, sino también a todos los contratos de concesión de servicios públicos adjudicados conforme a la legislación estatal de contratación administrativa anterior: Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 -RSCL 1955, Ley de Contratos del Estado de 1965 -LCE 1965-, Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 -LCAP 1995-, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, Ley de Contratos del Sector Público de 2007 -LCSP 2007- y Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011- TRLCSP 2011-. Y no solo los contratos de concesión, sino hay que entender que el artículo 34.4 también resulta de aplicación a todas las otras modalidades de contratos de gestión indirecta de servicios públicos: gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.

En definitiva, podemos concluir que el régimen excepcional de restablecimiento del equilibrio económico regulado por el artículo 34.4 de Real Decreto-Ley 8/2020 aplica a toda clase de contratos de concesión, de arrendamiento o de sociedad de economía mixta , incluidos los

¹ Así como los sujetos a la Ley 31/2007 de procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y el Libro I del Real Decreto-Ley 3/2020 que sustituyó a la Ley 31/2007.

sujetos a legislación anterior al TRLCSP de 2011 o la LCSP de 2007, a pesar de lo que dispone el artículo 34.7 añadido por el Real Decreto-Ley 11/2020.

2.2.- El régimen excepcional de restablecimiento del equilibrio económico. Imposibilidad total o parcial de prestación del servicio.

Como hemos visto, el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, establece que:

“... 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 a los concesionarios al restablecimiento del equilibrio económico del contrato ...”

El restablecimiento del equilibrio económico se vincula, en principio, a un hecho ajeno a la actividad administrativa, la situación creada por el COVID-19 y, por otro lado, a las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para tratar de combatir esta situación fáctica.

El mismo precepto precisa que el reequilibrio debe compensar la pérdida de ingresos y/o el incremento de costes, entre ellos los gastos adicionales salariales. Se establece también que el reequilibrio se puede establecer mediante la ampliación de la duración del plazo concesional hasta un 15% o mediante la modificación de cláusulas de contenido económico.

Pero el elemento conflictivo del citado artículo 34,4 aparece en su último párrafo, en el que, según la redacción del Real Decreto Ley 17/2020, se establece 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 a **la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.**”*

En este párrafo final se establece con carácter necesario, para poder reconocer el derecho al reequilibrio económico, que concurra un elemento condicional, la imposibilidad de ejecución del contrato, condición cuya concurrencia deberá ser apreciada por el órgano de contratación.

De conformidad con esta condición la compensación prevista sólo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, aprecie la imposibilidad -que puede ser parcial según la reforma introducida por el Real Decreto Ley 17/2020- de ejecución del 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.

Debe, pues, determinarse si como consecuencia de la situación de hecho creada por el COVID-19, o como consecuencia de las medidas adoptadas para combatir esta pandemia dictadas por las Administraciones públicas, se ha producido la imposibilidad de ejecución del contrato.

La referencia al hecho de que se haya producido o provocado la imposibilidad material de ejecutar el contrato, es decir, la imposibilidad de llevar adelante la prestación de su objeto, ha tenido diversas interpretaciones. Algunos autores, como A. DORREGO² o M.A. VILLAR EZCURRA³ entienden que, tratándose de concesiones de obras y servicios públicos, la imposibilidad de la prestación ha de ser relativa o parcial, puesto que la imposibilidad absoluta de la prestación no se compadece en absoluto con obras y servicios públicos, por lo menos con aquellos que son esenciales, como los de abastecimiento de agua, alcantarillado, saneamiento de aguas residuales, gestión de residuos urbanos, transporte público, autopistas, etc.. En el mismo sentido GUILLÉN CARAMÉS,J⁴, para quien si sólo se va a proceder al reequilibrio ante la imposibilidad de ejecución absoluta de la concesión la fórmula del artículo 34,4 tendrá un alcance limitado.

En sentido contrario a las opiniones doctrinales anteriores , la Abogacía General del Estado en su Informe 394/20 de 2 de abril de 2020, entendió que:

«... la imposibilidad supone la inviabilidad absoluta de ejecutar el contrato, lo que no sucede cuando éste pueda continuar, aunque, debido al estado de alarma, varíe el modo en que puede ejecutarse». Se añade que se trata de una cuestión fáctica que

² DORREGO, A. *Nota sobre el contenido del artículo 34,4 del Real Decreto Ley 8/2020 de medidas urgentes económicas y sociales sobre el COVID 19 en relación con los contratos de concesión de obras y servicios*, CCIES.

³ VILLAR EZCURRA, M.A. *Medidas extraordinarias para las concesiones de servicios y obras en el RD Ley 8/2020 como consecuencia del COVID 19*, Hay derecho.expansión.com, 20 de marzo de 2020.

⁴ GUILLÉN CARAMÉS,J. *El reequilibrio económico de las concesiones a raíz del coronavirus*, Cinco Días, 26 de mayo 2020.

corresponde apreciar, en primera instancia, a la Administración contratante, sin perjuicio de que su apreciación sea revisable por los Tribunales.

En relación directa con los contratos de concesión de servicios se dice que en estos casos la imposibilidad es similar a la descrita para los otros tipos de contratos, pudiendo existir “desde el mismo momento en que se declare el estado de alarma o posteriormente, como ⁵consecuencia de la adopción de nuevas medidas por el Gobierno o por el cambio de las circunstancias en que se desarrolla el contrato”.

La nueva redacción del último párrafo del artículo 34.4, introducida por el Real Decreto-Ley 17/2020, parece dar la razón en parte a la interpretación de DORREGO, GUILLÉN CARAMES y VILLAR EZCURRA y se la quita a la Abogacía General del Estado, por cuanto parece admitir que el régimen excepcional de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión también aplica cuando la imposibilidad de ejecución del contrato es solamente parcial, no absoluta o total:

*“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 a **la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.**”*

Ahora bien, en este caso, se plantea una nueva cuestión, y es qué puede entenderse por incumplimiento parcial. Tomemos como ejemplo el servicio de abastecimiento de agua potable. La imposibilidad de prestar el servicio es solamente parcial, en la medida que afecta únicamente a aquellas industrias y, sobre todo, comercios y servicios cuya actividad ha de permanecer suspendida durante el estado de alarma o parte del mismo, o bien muy restringida durante las diferentes fases de la desescalada del confinamiento de la población.

De todas formas, bien podría alegarse de contrario que tampoco hay imposibilidad parcial de prestar el servicio por parte del concesionario y demás empresas gestoras del servicio, por cuanto el servicio sí que se puede prestar, lo que ocurre es que parte de los abonados no

⁵ GIMENO FELIU, J.M. *La crisis sanitaria COVID-19. Reflexiones sobre la incidencia en la contratación pública y las soluciones adoptadas*, Jornada de 22 de abril de 2020, organizada por Regulation and Digital Research Group UV y Observatorio 155, p. 12.

hacen uso del servicio dada su obligación de permanecer inactivos, o con una actividad muy limitada durante la desescalada.

Lo dispuesto en el artículo 34,4 plantea una segunda gran cuestión. Supongamos ahora que no puede acreditarse que como consecuencia del COVID-19, o de las medidas adoptadas por las administraciones públicas para combatir la pandemia, se ha producido la imposibilidad total o parcial de llevar a cabo la prestación del servicio. ¿Significa ello que no puede pedirse el restablecimiento del equilibrio económico aunque se demuestre que el mismo se ha roto, en perjuicio del concesionario, y por causas que no les son imputables?

A nuestro entender en este caso lo que procede es determinar si el repetidamente citado artículo 34,4 impone un régimen exclusivo y excluyente en la regulación del reequilibrio económico de los contratos concesionales o si, por el contrario, establece un régimen excepcional, una garantía reforzada para los concesionarios si se dan los supuestos en él previstos, pero que no excluye la posibilidad de acudir al régimen general y ordinario de restablecimiento del equilibrio económico.

Sobre esta cuestión, si acudimos de nuevo al Informe de la Abogacía General del Estado de 2 de abril de 2020, en el mismo se dice que el artículo 34 del RD-L 8/2010 es norma especial y se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos, añadiendo que mientras dure el estado de alarma, y sus consecuencias, la legislación de contratos públicos sólo será aplicable para resolver una incidencia contractual relacionada con el COVID-19 cuando no se oponga al Real Decreto-Ley 8/2020 y a los principios que la inspiran.

El artículo 34.4 es una norma excepcional, que garantiza en todo caso una forma de reparación de la ruptura del equilibrio económico si se produce la imposibilidad de realizar la prestación, pero no deroga con carácter general la legislación general de contratos. Es una norma de aplicación preferente, en garantía de los contratistas, pero permite aplicar la legislación general de contratos si no se opone a su contenido. Y no se opone a su contenido el acudir a las reglas generales del reequilibrio económico cuando no puede aplicarse el 34.4. Por tanto, de forma subsidiaria, en defecto de aplicación de lo previsto en el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, podrá acudirse a la legislación de contratos del sector público aplicable en cada momento, según cuando se adjudicase el contrato.

Como ha dicho GIMENO FELIU⁶, el Real Decreto ley es un seguro legislativo a las pérdidas ocasionadas temporalmente en la concesión, haciendo que en este período no funcione el reparto de riesgos. Pero esta medida excepcional, garantiza que el Gobierno se apresura a establecer para tranquilizar a los concesionarios a los que impide llevar a cabo la prestación, no supone derogar todo el régimen general vinculado a la prestación de los servicios de concesión de obras y concesión de servicios.

De acuerdo con lo que acabamos de exponer, hemos de señalar ahora que no compartimos, en su sentido literal, lo que se afirma también en el Informe de la Abogacía General del Estado de 2 de abril de 2020, repetidamente citado. En concreto cuando se dice que,

“... la aplicación preferente del artículo 34 del RD-Ley 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 RD-L 8/2020”.

La aplicación preferente, como hemos dicho, no significa excluyente. El artículo 34.4 es un *plus* de garantía para unos concesionarios que ven como no pueden llevar a cabo su prestación, pero no puede, ni quiere, impedir que otros concesionarios que si pueden seguir llevando a cabo su prestación, vean como de forma clara se produce un desequilibrio económico en su contrato concesional debido también a las medidas aplicadas para combatir la pandemia del COVID 19. El artículo 34,4 no puede derogar in peius la situación de estos concesionarios. La norma especial para un caso excepcional no deroga la regla general anterior. Además, aplicar el régimen general del reequilibrio económico no se opone al artículo 34.4 cuando este régimen sólo se aplicará al no poder aplicarse el régimen excepcional del artículo 34.4.

En definitiva, entendemos que el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020 debe interpretarse en el sentido de que debe aplicarse a los contratos concesión de obra y concesión de servicios, en los términos en que hemos definido este ámbito material de aplicación al inicio de este trabajo, si concurre una imposibilidad total o parcial de la prestación del servicio. En los casos en que no concurre esta imposibilidad total o parcial en la prestación del servicio, este precepto no impide aplicar el régimen general del reequilibrio económico a los contratos concesionales.

⁶ GIMENOFELIU, JM. La crisis sanitaria COVID19 y su incidencia en la contratación pública, El Cronista, marzo-abril 2020, pág. 48.

2.3.- Medios de reequilibrio económico en aplicación del régimen excepcional del artículo 34.4

El régimen de restablecimiento del equilibrio económico de las concesiones y demás contratos de gestión del servicio público previsto en el artículo 34,4 es el siguiente,

“... mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo del 15% o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.”

Aparentemente estos medios son los mismos medios a los que se refieren los artículos 290.5 de la LCSP de 2017, 282.5 del TRLCSP de 2011 y 258.5 de la LCSP de 2007. Ello es así con respecto a las modificaciones de las cláusulas económicas del contrato (retribuciones del concesionario, canon a favor de la Administración, inversiones, etc.). Pero no lo es exactamente con respecto a la posible ampliación del plazo de la concesión, puesto que no se incluye su inciso final en el sentido de respetar *“los límites máximos de duración previstos legalmente.”*, limitación que tampoco impone el artículo 270.3 de la misma LCSP de 2017 cuando regula la ampliación de la duración de las concesiones de obras, como medio de restablecimiento del equilibrio económico. En definitiva, 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.

En cuanto a la alternativa de restablecer el equilibrio del contrato por medios económicos estos serán los establecidos, no tanto por el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, sino los ordinarios fijados por la legislación aplicable a cada contrato de concesión o de otras modalidades de gestión indirecta del servicio público. Estos medios económicos de reequilibrio

no han variado y son esencialmente los mismos desde el artículo 127 del RSCL de 1955, 164 de la LCAP de 1995 hasta el 290.5 de la LCSP de 2017, pasando por el 163 del TRLCAP de 2000, el 258.5 de la LCSP de 2007 y el 282.5 del TRLCSP de 2011.

El medio más obvio es el del incremento de la retribución del concesionario. En los supuestos en que el precio satisfecho por el usuario -ya sea en forma de tarifa o de tasa- se complementa con una aportación de la Administración, lo razonable sería incrementar esta aportación y no subir el precio a pagar por los usuarios. Pero esta forma de retribución adicional del concesionario no siempre es habitual en los contratos de gestión del servicio de servicios públicos. Además no parece que esta sea una medida aconsejable en las actuales y futuras circunstancias de recesión económica que se avecinan y que, de hecho, ya se están produciendo, y que afectan particularmente a las familias usuarias de los servicios.

Pero, sin tener que acudir a este restablecimiento por prórroga del plazo del contrato, hay otros medios económicos de reequilibrio alternativos al incremento del precio. El más obvio es el de la disminución del importe del canon periódico del concesionario que el Pliego de cláusulas económico-administrativas haya podido establecer a favor de la Administración. También se puede arbitrar una disminución del importe del fondo de obras previsto en el Pliego (normalmente gastos de reposición de instalaciones); o una disminución o aplazamiento de las inversiones en obras de ampliación o mejora del servicio a realizar por el concesionario durante la duración del contrato.

3.- La aplicación del régimen ordinario de restablecimiento del equilibrio económico

3.1. Principios jurídicos en los que fundar el restablecimiento económico.

Como hemos defendido anteriormente, en los supuestos en que no puede acreditarse que como consecuencia del COVID-19, o de las medidas adoptadas por las administraciones públicas para combatir la pandemia, se ha producido la imposibilidad total o parcial de llevar a cabo la prestación del servicio, pero se acredita que se ha roto el equilibrio económico, podrá acudirse a la normativa contractual ordinaria para pedir su restablecimiento.

En estos casos en que debemos acudir al régimen ordinario de la contratación pública, creemos que en principio la justificación del reequilibrio puede fundarse en la teoría del *factum principis*, en razón de la normativa aprobada para hacer frente a la pandemia generada por el Covid-19, normas que sin tener como objeto directo la regulación contractual han alterado de forma sustancial la economía del contrato.

Ahora bien, la aplicación de esta causa de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión es bien distinta según la legislación aplicable a cada contrato, en razón del momento de su adjudicación. A estos efectos, debemos tener en cuenta que, tanto con la LCAP de 1995 y el TRLCAP de 2000, como con la legislación anterior -RSCL 1955 y LCE 1965- se entiende que los contratos adjudicados con anterioridad se rigen por la legislación vigente en el momento de la adjudicación, pero que a las modificaciones contractuales -y por lo tanto a los supuestos de restablecimiento del equilibrio económico- les es de aplicación la legislación en vigor en el momento de la modificación. En este sentido se pronunciaron, tanto el Consejo de Estado, en Dictámenes 3475/1996, 527/2000 y 3357/2003, como la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, en Dictámenes 32/1996, 309/2001 y 305/2002, y también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en Informe 8/2000. Sin embargo, actualmente no resulta de aplicación esta doctrina ni, por tanto, la LCSP 2007 y su TRLCSP 2011 resultan de aplicación al restablecimiento del equilibrio económico de contratos adjudicados con arreglo a legislación anterior, dado que el apartado 2 de la Disposición transitoria primera, tanto de la LCSP 2007 como del TRLCSP 2011 establece que:

“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.”

Y con más precisión todavía, la Disposición transitoria primera 2 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público –LCSP 2017– dispone que:

“Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.”

En definitiva que, con carácter general, a los contratos de concesión adjudicados conforme al RSCL de 1955 o la LCE de 1965 les será de aplicación la última normativa anterior a la LCSP de

2007, esto es, el TRLCAP de 2000. Y a los adjudicados conforme la LCSP de 2007, el TRLCSP de 2011 y la LCSP de 2017 se les aplicará la norma del momento de la adjudicación.

El restablecimiento con motivo de una disposición administrativa que sin tener como objeto directo la relación contractual incidía en su equilibrio económico-*factum principis*- era muy abierto en la LCE de 1965 y lo continuó siendo en la LCAP de 1995, en su reforma de 1999 y en el TRLCAP de 2000. Sin embargo y dado que este motivo de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión no estaba expresamente regulado en la normativa contractual, fueron la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos las que lo incorporaron a nuestro ordenamiento y a la práctica administrativa.

En cuanto a la forma de restablecimiento del equilibrio económico a favor del concesionario, la normativa citada no es muy precisa, pero la jurisprudencia y la doctrina de los órganos consultivos admite el incremento de las tarifas del usuario, la aportación económica por parte de la Administración concedente o subvención impropia. Con respecto a la prolongación del plazo de la concesión y con independencia de que el contrato prevea o no su prórroga, la doctrina y la jurisprudencia no establecían otro límite que el de la duración máxima del contrato de concesión que, en el RSCL de 1955, era de 50 años.

El *factum principis*, como causa de ruptura y, por lo tanto, de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato de concesión o de contratos equivalentes, se vio reforzado en los artículos 258.2 b) de la LCSP de 2007 -no modificado por la Ley de Economía Sostenible de 2011, y 282.3 b) del TRLCSP de 2011, en la medida que contempla como causa expresa de restablecimiento de dicho equilibrio:

“Cuando actuaciones de la Administración que determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.”

El gran cambio de la LCSP de 2007 y su TRLCSP de 2011 está en la restricción que imponen los citados artículos 258 y 282, respectivamente, a las formas de restablecimiento que, si bien quedan abiertas en cuanto al incremento de tarifas o a la aportación económica de la Administración concedente, la ampliación del plazo del contrato la restringen al 10% de la duración inicial, con el límite del máximo legal de 50 años para concesiones con ejecución de obra y explotación o de 25 para las de simple explotación.

El *factum principis*, como causa de restablecimiento del equilibrio económico financiero de la concesión de obras y servicios o de sociedades de economía mixta, prácticamente, desaparece en la LCSP 2017. Efectivamente, el artículo 290.4 b) de dicha Ley estipula que:

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

*b) Cuando actuaciones de la Administración **concedente**, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura de la economía del contrato.”*

Es decir, que si las actuaciones que determinan el desequilibrio económico provienen de otras Administraciones distintas a la titular del servicio público concedido no otorgan el derecho al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión alterado por dichas medidas, por más que determinen la ruptura de la economía del contrato. Este es el caso de las medidas adoptadas por la Administración del Estado para hacer frente a la pandemia. Que como cualesquiera otras, adoptadas por la Administración estatal o las Administraciones autonómicas, no pueden generar derecho al restablecimiento con respecto a las concesiones otorgadas por la Administración local, mientras que estas mismas medidas sí pueden generar este derecho en favor de los respectivos concesionarios.

Esta nueva regulación de la LCSP de 2017 distorsiona el *factum principis* como motivo del restablecimiento del equilibrio económico de la concesión. Mientras que las decisiones amparadas en el *ius variandi* provienen de la Administración concedente, ordinariamente el *factum principis* es una decisión de otra Administración. Ello es así, en particular, en el ámbito de la Administración local. En este sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en Informe 61/08 de 31 de marzo de 2009, que define el *factum principis* como:

“Alteración impuesta por una autoridad ajena a la relación concesional.”

Ciertamente, en la esfera de la Administración estatal o de las Administraciones autonómicas pueden adoptarse disposiciones aprobadas o propuestas por ministerios o consejerías

distintas del órgano de contratación que, sin tener una relación directa con la obra servicio público contratado por el órgano competente, sí que pueden determinar de forma directa una ruptura sustancial de la economía del contrato. Pero esto es prácticamente imposible en el ámbito de una determinada entidad local titular del servicio público concedido, como, por ejemplo, es el caso del servicio -municipal o supramunicipal- de abastecimiento de agua potable.

El artículo 290.4 b) de la LCSP de 2017 es, por tanto, a nuestro juicio cuestionable, por lesionar el principio constitucional de igualdad de los concesionarios, según cual sea su Administración concedente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que, con anterioridad a la LCSP de 2017, el Consejo de Estado en Dictamen 1030/2015, de 21 de enero de 2016, y el Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de mayo de 2011, ya tenían establecido que el *factum principis* ha de proceder de la Administración titular del servicio. El razonamiento que se hace en estos dos pronunciamientos es el de que la Administración concedente no puede asumir el restablecimiento del equilibrio causado por otra Administración. Ahora bien, el Consejo de Estado en el citado Dictamen 1030/2015, de 21 de enero de 2016, ofrece una alternativa a la que más adelante acudiremos:

*“La aplicación de esta teoría resulta viable cuando la medida que da lugar al desequilibrio contractual procede de la Administración concedente y que **reconduce** los desequilibrios generados como consecuencia de la adopción de la medida en cuestión por una Administración distinta **al riesgo imprevisible ...**”*

En todo caso, la distorsión de *factum principis* introducida por la LCSP de 2017 no es fruto de un error o de un impulso irreflexivo del legislador, sino que está muy meditada. Ello lo acredita el apartado a) del artículo 290.6 de la misma Ley, según el cual:

“La aprobación de una disposición de carácter general por parte de una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato”

No es motivo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, sino que en este supuesto:

“El contratista tendrá derecho a desistir del contrato cuando éste resulte extraordinariamente oneroso para él.”

Ante esta situación, y en el supuesto de que el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020 no pueda ser de aplicación a los contratos objeto de este trabajo (no concurre la imposibilidad total o parcial de llevar a cabo la prestación), habrá que estudiar, para ese escenario interpretativo más restrictivo en relación a la figura del *factum principis*, otros motivos de restablecimiento del equilibrio económico-financiero. De forma general se podrá acudir a la teoría del riesgo imprevisible.

En este punto se debe recordar que en los contratos de concesión de obra pública, de concesión de servicios y de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos, y antes contratos de gestión de servicios públicos, rige un principio esencial que es el de continuidad en la prestación del servicio. Este principio obliga a adoptar medidas correctoras cuando el equilibrio económico del contrato se rompe. Si no se puede acudir a la teoría del *factum principis* deberá acudir a la teoría del riesgo imprevisible, técnica que permite restaurar el equilibrio económico del contrato afectado y alterado por circunstancias imprevistas e imprevisibles en el momento de la celebración del contrato. Si por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles se produce la ruptura de la ecuación financiera de la concesión es necesario acudir en ayuda del contratista y restablecer el equilibrio económico. Intervención administrativa cuya verdadera razón de ser es acudir en protección de la finalidad pública inherente a los contratos administrativos. Como dijo el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de diciembre de 1988, RJ 1988/9451, mantener el equilibrio económico “es además una exigencia de lealtad y buena fe que debe inspirar con especial intensidad las relaciones de colaboración entre la administración y el concesionario”.

Aunque ahora nos situamos fuera del artículo 34,4, si volvemos al mismo, vemos como el mecanismo excepcional para restaurar el equilibrio económico en caso de imposibilidad total o parcial de llevar a cabo la prestación se fundamenta en *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*. Por tanto, la ruptura del equilibrio económico no se limita a la actuación de las administraciones aunque no dirigidas a incidir en los contratos, supuesto de *factum principis*, sino que incluye, de forma más general, la situación creada por el COVID-19, esto es, el riesgo imprevisible.

De acuerdo con este criterio general también se podrá acudir al artículo 205.2 b) de la LCSP de 2017, en relación con el 290 de la misma. El artículo 205 regula las modificaciones del contrato no previstas en el Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Pues bien, según estos preceptos y en el supuesto que nos ocupa, sería posible el restablecimiento del equilibrio económico por una causa no prevista en el Pliego:

“b) 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:

1º Que la necesidad de modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2º Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3º 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, el 50 por ciento de su previo inicial, IVA excluido.”

El supuesto que nos ocupa cumplimenta tanto el requisito general de circunstancia sobrevenida e imprevisible en el momento de la licitación, como las tres condiciones acumulativas: se trata de circunstancias que el ayuntamiento u otra entidad local concedente no habría podido prever por más diligente que hubiese sido, el restablecimiento del equilibrio de la concesión no alterará la naturaleza global del contrato, ni la cuantía de la compensación no superará el 50% del precio inicial de la concesión adjudicada. En este sentido, acabamos de ver como el citado Dictamen del Consejo de Estado 1030/2015, de 21 de enero de 2016, autoriza la *reconducción* del *factum principis* proveniente de otras Administraciones distintas de la concedente al restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión por causa de *riesgo imprevisible*.

Pues bien, aunque no se trata de sentencias que se pronuncien sobre concesiones adjudicadas en aplicación de la LCSP de 2017, esta *reconducción* del *factum principis* de Administraciones distintas a la concedente al restablecimiento del equilibrio económico en base a circunstancias sobrevenidas o riesgos imprevisibles, la encontramos en varias resoluciones judiciales. Así en la Sentencia 16/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala C-A de Burgos) se plantea el caso del restablecimiento del equilibrio económico de la concesión de un aparcamiento de automóviles, adjudicado por el Ayuntamiento de Burgos, con ocasión del desmantelamiento del Hospital General Yagüe y su traslado al Hospital Universitario por

disposición de la Junta de Castilla y León. Ante ello, la Sentencia no reconoce el derecho al restablecimiento del equilibrio económico por un supuesto de *factum principis* de una Administración ajena al contrato, **pero sí por la concurrencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles**, estableciendo que el concesionario:

“... tiene derecho al reequilibrio económico-financiero de la concesión alterado como consecuencia de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en relación con el cierre del Hospital General Yagüe.”

También en Sentencia 792/2017, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana reconoce el derecho al restablecimiento del equilibrio económico de una concesión del servicio de vigilancia, seguridad y protección de los centros públicos sanitarios de la Comunidad Valenciana, alterado en su régimen económico-laboral por el Real Decreto-Ley 16/2013, de medidas para favorecer la contratación y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, restablecimiento que se articula mediante una revisión de precios, entendiendo que esta disposición constituye una circunstancia sobrevenida e imprevisible, sin apreciar que se trate del *factum principis* de una Administración ajena al contrato como motivo legal de restablecimiento del equilibrio:

“En el presente caso cabe estimar que han concurrido circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de solicitarse la revisión de precios, en tanto que ha habido unos incrementos de costes de personal totalmente ajenos a la entidad contratista en el momento de concursar y proponer su oferta económica, en cuanto derivados de una ley especial, que implicaba una subida de las bases de cotización, que la empresa no pudo considerar en el momento de formular la oferta, en la que no se tomaba en cuenta tales incrementos de costes, por lo que no debes estarse al principio de riesgo y ventura del contratista.”

No hemos podido encontrar jurisprudencia, sobre circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, relativa ya a concesiones sujetas a la LCSP de 2017, pero la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 32/2018, de 10 de diciembre, abunda en la consideración de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles como causa de reequilibrio de la ecuación financiera del contrato *“por hechos que excedan del normal alea del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible”*, circunstancias que son

fácilmente identificables con las consecuencias de la pandemia del COVID-19 y de las medidas adoptadas para hacerle frente en el marco de la declaración del estado de alarma.

Por último, puede tratar de recurrirse al principio de fuerza mayor para tratar de fundar la petición de reequilibrio económico, atendiendo a lo que establecen los artículos 270,2-b (contrato de concesión de obras) y 290,4-b (contrato de concesión de servicios) de la ley 9/2017 (artículos 242 y 282,4-c del RDL 3/2011). Preceptos que remiten para determinar el concepto de fuerza mayor a lo dispuesto en el artículo 239 de la misma ley 9/2017.

Ahora bien, el recurso al principio de fuerza mayor, que no debe descartarse, presenta a nuestro juicio algunos problemas. Por un lado lo que debe entenderse por fuerza mayor no es pacífico. Debemos partir del derecho y la doctrina civil, en cuyo ámbito la fuerza mayor tiene como función exonerar de responsabilidad contractual, pero no fundar una acción de reequilibrio económico. En todo caso, en el ámbito civil lo que debe entenderse por fuerza mayor ha dado lugar a largos debates doctrinales, tratando en particular de fijar su alcance en relación al concepto de caso fortuito, ya que el artículo 1105 no define con precisión ambos conceptos. En todo caso puede afirmarse que para que se reconozca la existencia de un caso de fuerza mayor debe tratarse de un hecho imprevisible, inevitable e irresistible.

Partiendo de este marco conceptual, la normativa de contratos públicos ha tratado de concretar en qué casos puede apreciarse la existencia de un supuesto de fuerza mayor. El 239 de la LCSP, al que se remiten los artículos 270.2-b y 290,4-b de la misma ley, enumera únicamente tres supuestos, que según la jurisprudencia y doctrina son supuestos tasados que no permiten interpretaciones extensivas (STS de 15 de marzo de 2005, rec. 5247/2000 y Dictamen del Consejo de Estado 14/2010 de 11 de marzo). De hecho este precepto trata de fijar el elemento objetivo de la fuerza mayor, esto es, los supuestos fácticos a los que se puede vincular un hecho imprevisible, inevitable e irresistible. Y lo cierto es que entre estos hechos no aparece un pandemia, aunque también es verdad que pudiera entenderse que si cabe este hecho cuando el artículo 239 2-b cierra su referencia a fenómenos naturales concretos con la cláusula abierta de “u otros semejantes”. Pero la pandemia, ¿es un fenómeno natural como los anteriores?. ¿Cabe incluir la pandemia del COVID19 en estos supuestos o ello supone una interpretación extensiva del precepto?.

Al margen de esta primera cuestión, a nuestro entender existe un segundo problema para recurrir a la fuerza mayor. El artículo 290,4-b establece que en los casos del artículo 239 procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. Se exige una relación causal directa entre el hecho, y el perjuicio contractual. Así, hay una relación

directa cuando una inundación o un terremoto destruyen la autopista o las canalizaciones del suministro de agua. Pero en el caso de la pandemia tal relación directa puede ser cuestionada, ya que los perjuicios económicos no han sido causados al concesionario directamente por la epidemia, sino que podría aducirse que los perjuicios se han causado por las normas dictadas por los poderes públicos para combatir el COVID19.

Por estas razones, sin perjuicio de poder tratar de fundar el reequilibrio económico en un supuesto de fuerza mayor, creemos que posee más fuerza jurídica el recurso a los principios del *factum principis* o del riesgo imprevisible.

3.2.- Medios de restablecer el equilibrio económico en aplicación del régimen ordinario

Ya hemos visto cuáles eran los medios de reequilibrio en aplicación del artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020: ampliación de la duración de contrato hasta un máximo de 15% -sin el límite del plazo legal máximo- o modificación de las cláusulas de contenido.

En el caso de inaplicación del artículo 34.4, los medios de restablecimiento del equilibrio económico serán los ordinarios previstos por la legislación aplicable a cada contrato de concesión o de otras modalidades de gestión indirecta del servicio público. Es decir, ampliación de la duración del contrato o modificación de las condiciones económicas del contrato.

Con respecto a los medios económicos de restablecimiento del equilibrio del contrato, nos remitimos a lo dicho con respecto al supuesto de aplicación del artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, puesto que estos instrumentos económicos no han variado y son esencialmente los mismos desde el artículo 127 del RSCL de 1955 y el 164 de la LCAP de 1995 hasta el 290.5 de la LCSP de 2017, pasando por el 63 del TRLCAP de 2000, el 258.5 de la LCSP de 2007 y el 282.5 del TRLCSP de 2011

Por el contrario, el restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión mediante la prórroga o la ampliación de la duración de la concesión, sí que ha experimentado cambios sustanciales.

En los artículos 164 de la LCAP de 1995 y 163 del TRLCAP de 2000 la ampliación de la duración del contrato como medio de restablecimiento del equilibrio económico no estaba expresamente contemplado. Pero esta ampliación -incluso si no estaba previsto en el Pliego- sí

que estaba amparada por una doctrina y una jurisprudencia muy abiertas al respecto. Así por ejemplo el Dictamen del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1999 (expediente 4709/98 MM):

*“1ª.- Es consustancial con los contratos administrativos y, en especial, en el de gestión de servicio público, la potestad de la Administración de modificar, por razones de interés público, el contenido del contrato, sin límite material, si bien tiene la obligación de mantener el equilibrio económico-financiero del mismo, compensando al contratista de manera que no resulte perjudicado por dicha modificación. 2ª.- Corresponde a la Administración acordar la fórmula más adecuada y conforme con sus intereses para compensar al contratista, siendo una de las fórmulas posibles **y quizás la más concorde con la naturaleza de la concesión, cuando la modificación exige nuevas inversiones en maquinaria e instalaciones, la prórroga de la duración temporal de la misma por un plazo que permita la amortización adecuada de esas nuevas instalaciones e inversiones sin un incremento sustancial del coste de la prestación del servicio.** 3ª.- En el caso examinado, siendo claro que el interés público e incluso la nueva normativa exige nuevas e importantes inversiones en instalaciones y maquinaria, es lícito y parece razonable aceptándolo el contratista, que la compensación económica se articule mediante la prórroga de la concesión hasta el 2010 para conseguir una adecuada amortización.”*

El Tribunal Supremo es de este mismo parecer, tanto en Sentencia de 29 de abril de 2002, con respecto a las concesiones de autopistas, como en la Sentencia de 4 de mayo de 2005, dictada en recurso de casación núm. 1607/2003, en relación con una concesión recogida de residuos urbanos y limpieza viaria:

“En el caso examinado, siendo claro que el interés público e incluso la nueva normativa exige nuevas e importantes inversiones en maquinaria e instalaciones, es lícito, y parece razonable aceptándolo el contratista, que la compensación económica se articule mediante la prórroga de la concesión hasta el año 2010 para conseguir una adecuada amortización.”

Añadiendo más adelante que:

“... parece más conveniente que sea la propia empresa que lo venía prestando la que haga frente a las reformas que en el servicio, que ya prestaba, se han ido produciendo, las que se han hecho necesarias por las reformas legales y las que sean concordantes con ellas y hayan surgido a lo largo del tiempo de vigencia del contrato, sin olvidar que las razones de oportunidad corresponde valorarlas al Ayuntamiento, teniendo en cuenta además que la concesión, según doctrina de esta Sala, Sentencia de 2 de diciembre de 1988, está dominada por un criterio fundamental, mantener la continuidad de la prestación del servicio.”

Para acabar diciendo que:

“... tanto esta Sala del Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de febrero de 1998, como en el informe del Consejo de Estado de 4 de febrero de 1999, se admite la posibilidad de la prórroga como medida compensatoria respecto a los desequilibrios económicos que se produzcan al concesionario por inversiones; ...”

Pero la ampliación de la duración del contrato, como medio de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, se sujeta a unos límites más estrictos en los artículos 258.5 de la LCSP de 2007 y el 282.5 del TRLCSP de 2011, que establecen una prórroga de como máximo el 10% de la duración inicial, sin exceder de la duración máxima legal de los 50 años. En la LCSP de 2017, su artículo 290.5 autoriza la ampliación hasta el 15% de la duración inicial, ahora con el límite legal máximo reducido a 40 años.

4.- El período posterior a la declaración de alarma.

Hasta ahora hemos analizado los problemas del reequilibrio económico de las concesiones durante el período de alarma, dentro del cual se han dictado diversas disposiciones normativas por las administraciones territoriales que han afectado de forma directa a la ejecución de los contratos, pudiendo comportar la imposibilidad total o parcial de la prestación.

Pero una vez finalice el período de alarma, y se puedan volver a llevar a cabo las prestaciones temporalmente impedidas, no se recuperará la normalidad. El gimnasio municipal que puede volver a abrir lo deberá hacer con unas medidas de seguridad rigurosas que limitarán la asistencia, y por tanto seguramente se mantendrán las bajas o se incrementarán. El suministro de agua podrá llevarse a cabo a actividades antes cerradas, pero muchas, a pesar de que legalmente ya puedan abrir, permanecerán aún cerradas o con niveles muy bajos de consumo,

pensemos en hoteles y restauración. La gravísima crisis económica reducirá la demanda de prestaciones en muchos servicios.

En todo caso el carácter temporal del artículo 34,4 hará que ya no sea aplicable. Habrá desaparecido el seguro de reequilibrio introducido con este precepto para los casos de imposibilidad total o parcial de la prestación, pero la ruptura del equilibrio económico se mantendrá de forma significativa en muchos contratos concesionales. Las secuelas del COVID-19 seguirán presentes.

En este nuevo marco temporal el principio de continuidad de los servicios públicos y la garantía del equilibrio económico de los contratos concesionales no habrá desaparecido. Pero si es cierto que podrá entenderse que desaparece en buena medida el criterio del *factum principis*, en tanto que ya no estarán vigentes las normas que supusieron la imposibilidad total o parcial de la prestación de los servicios. Pero subsistirá de facto un régimen excepcional para la prestación de muchos servicios, que limitará los ingresos del concesionario, y en todo caso existirá una fuerte regresión en la actividad económica que incidirá negativamente en los ingresos concesionales. Esta nueva situación se debe a un riesgo imprevisible, a una pandemia sanitaria imprevista e imprevisible. ¿Se deberá acudir a la normativa del período de normalidad anterior al COVID-19 para tratar de lograr el reequilibrio económico?.

Esta pregunta nos lleva a citar de nuevo el artículo del profesor José Esteve, cuando nos dice que después del estado de alarma *“se conformará una nueva normalidad, una normalidad especial, previsiblemente una normalidad transitoria, a la que no será aplicable desde luego la legislación de excepción que rigió los momentos más críticos y amparó medidas rigurosamente excepcionales, pero tampoco creo que resultará de aplicación la legislación ordinaria, anterior a la crisis del COVID-19.*

Ciertamente podría pensarse en la reinstauración de esa legislación, pero ello tendría dos graves inconvenientes. El primero, y fundamental, que no concurren los presupuestos de la legislación ordinaria, anterior a la crisis, pues la realidad que ahora se abre no estaba, ni remotamente, contemplada por ella en muchos aspectos relevantes. El segundo, que supondría una carga muy pesada para los tribunales a los que se encomendaría la tarea de crear una nueva normatividad, lo que es un cometido primordial del legislativo. Las decisiones judiciales, en sus diversas instancias y jurisdicciones, podrían demorarse años y años, centradas en un debate hermenéutico que se extendería al ámbito académico sobre conceptos metafísicos como la fuerza mayor, la antijuridicidad o el riesgo imprevisible. En cualquier caso, los tribunales se verían obligados a reformular esa legislación, una tarea que de manera natural corresponde al legislador”.

El citado autor apela a la necesidad de una nueva normativa, que evite trasladar la respuesta a la nueva conflictividad en la situación que define de “nueva normalidad”, a unas decisiones judiciales que deberán sustentarse en normas y resoluciones judiciales que no responden plenamente a la realidad del momento en que deben aplicarse.

La reflexión del profesor Esteve nos parece muy acertada, pero la apelación a una nueva normatividad tiene el problema de la lentitud en su aprobación, ya que no creemos debamos seguir con la legislación motorizada en base a decretos leyes. Por ello frente a la reforma normativa apelamos a la función interpretativa de la normativa aplicable por parte de las administraciones, sus órganos asesores y los tribunales especiales en materia de contratación. La nueva normalidad requerirá una aplicación adecuada de la normativa vigente a las circunstancias en las que debe hacerse efectiva, una interpretación que responda a los principios que exponemos a continuación.

5.- Reflexión final. Una llamada a los órganos que deberán resolver las reclamaciones de reequilibrio económico y los conflictos que puedan surgir con ocasión de estas reclamaciones.

Lo expuesto en las páginas anteriores da cuenta de los diversos momentos temporales en los que se podrán plantear reclamaciones por desequilibrios económicos en los contratos concesionales, y el diferente marco normativo aplicable. La litigiosidad puede ser abundante.

Con el fin de tratar de reducirla, y de dar pautas para una actuación que se base primordialmente en la defensa del interés general y de los usuarios, creemos oportuno reclamar de las administraciones, y de sus órganos asesores en materia de contratación, que lleven a cabo una interpretación de la normativa aplicable, la excepcional aprobada durante el estado de alarma y la legislación ordinaria en materia de contratación pública, de acuerdo con las circunstancias existentes en cada momento. La interpretación de la normas debe llevarse a cabo en todo caso atendiendo a su objeto, de modo que ante el caso concreto se logre una aplicación de las mismas que permita alcanzar los fines que estableció el legislador, ya que el derecho debe ser efectivo. Hay que aplicar principios permanentes a circunstancias cambiantes.

En el caso de los contratos concesionales, como hemos señalado anteriormente, rigen dos principios básicos, el de riesgo y ventura junto con el de la continuidad y la calidad en la prestación. Pero de forma instrumental se añade el principio del equilibrio económico, pues la garantía de este equilibrio es la que permite hacer efectivos los anteriores principios,

claramente vinculados al interés general. Pues bien, lo que planteamos es que las administraciones, sus órganos asesores en materia de contratación, instancias ante las que se plantearán las primeras reclamaciones de reequilibrio económico, lleven a cabo una aplicación tanto de la normativa excepcional del artículo 34,4 como de la normativa ordinaria adecuada a la realidad de cada momento, con especial atención a las teorías del *factum principis*, del riesgo imprevisible y el principio del reequilibrio económico, entendiendo que si por causas sobrevenidas e imprevisibles se ha roto la ecuación financiera hay que acudir en ayuda del concesionario. La exigencia del mantenimiento del equilibrio económico responde a la finalidad de satisfacer el interés público. Se trata de aplicar los fundamentos legales a favor del reequilibrio económico de forma proporcionada a la situación existente. Se trata de flexibilizar el principio del riesgo y ventura para poder incidir en la relación contractual con el fin de reequilibrar las prestaciones respectivas y no hacer recaer todo el perjuicio en una de las partes contractuales.

Esta aplicación de los principios a la realidad del momento en que debe aplicarse la norma también debería tenerse en cuenta al determinar la forma de restablecer el equilibrio. Como antes expusimos 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.

Estas consideraciones son trasladables al juicio que en su caso deban adoptar los Tribunales especiales en materia de contratación pública, de forma particular si finalmente se les encomienda la función de resolver la litigiosidad vinculada a la aplicación de la normativa dictada por el COVID-19. Medida que en principio nos parece acertada, dado que se atribuye a estos órganos especializados el dar una respuesta rápida a problemas urgentes, pero ello exige en todo caso que se les dote de los medios estructurales para que puedan acometer esta nueva importante función. Estos Tribunales pueden fijar importantes pautas interpretativas que sean luego seguidas por las administraciones encargadas de dar respuesta a las peticiones de reequilibrio económico y pueden también descargar en buena medida a los juzgados y tribunales del orden contencioso de una litigiosidad que podría llegar a ser muy abundante.

