CDD
Economy & Law

INCIDENCIA DEL COVID-19 EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN ADMINISTRATIVA: EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

Félix Manteca
Socio Derecho Administrativo de Vaciero

WEBINAR
22/04/2020

ÍNDICE

1.- Introducción

2.- El reequilibrio económico del contrato de concesión en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

3.- El reequilibrio económico de la concesión como consecuencia del COVID-19.

4.- Resolución del contrato: secuestro o rescate de la concesión.

5.- Conclusiones.

6.- Nuestro equipo de profesionales. Contacto.

1.- Introducción

1.- Introducción

1

- En el ámbito de la contratación pública, y dentro del marco jurídico de excepcionalidad provocado por el COVID-19, resulta necesario valorar las consecuencias económicas que para un contratista, adjudicatario de un contrato administrativo de concesión de obra o de servicios, va a tener la paralización automática o "de facto", total o parcial, de la actividad objeto de la concesión, efecto directo que trae causa en las medidas adoptadas por la administración en el ámbito económico y social para hacer frente a la pandemia, y que se traducen en daños y perjuicios que provocan o van a provocar la ruptura del equilibrio económico del contrato, y que no tiene encaje dentro del riesgo operacional del concesionario, asumido legal y contractualmente por el contratista.

- Dentro de ese marco jurídico novedoso y excepcional, para determinar la procedencia y alcance de ese derecho compensatorio, debemos acudir a cinco hitos o normas esenciales:

  - Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma.
  - Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, en cuyo artículo 34 se introducen medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19.
  - Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, que exclusivamente introduce y regula un régimen jurídico excepcional y temporal, para los contratos de los trabajadores por cuenta ajena que presten sus servicios en empresas incardinadas en actividad que califica como "no esenciales". Norma matizada y aclarada por la Orden SND/307/2020, de 30 de marzo.
  - Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, que modifica algunos extremos del artículo 34 del RD Ley 8/2020.
  - Por supuesto, la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

1.- Introducción

1

- Pues bien, esta situación de excepcionalidad, confusión e incertidumbre provocada por el COVID-19, y la saturación normativa generada, puede provocar la parálisis e inacción del contratista adjudicatario de un contrato público de concesión, cuando la situación de la paralización de la actividad económica va a provocar en muchos casos una ruptura total del equilibrio económico de la concesión previsto en los correspondientes estudios de viabilidad y planes económico-financieros previos a la adjudicación de la concesión.
- En este escenario, se hace necesario valorar, caso a caso, la incidencia que las medidas adoptadas van a tener en el régimen económico del contrato, máxime, teniendo en cuenta el régimen legal especial que, en este ámbito, ha introducido el Real Decreto Ley 8/2020, a través de su artículo 34, en relación con lo dispuesto en el Real Decreto 463/2020 conforme al cual se limita la libertad de circulación de las personas, se cierran establecimientos y equipamientos, y se suspenden determinadas actividades.

2.- El reequilibrio económico del contrato de concesión en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

2.- El reequilibrio económico del contrato de concesión en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

2

- Han sido importantes los cambios que la nueva Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017) ha introducido respecto de su predecesor, el Texto Refundido de la LCSP (RD Legislativo 3/2001, de 14 de noviembre), en materia de concesiones administrativas, si bien, y en relación con el objeto que nos ocupa, las conclusiones considero que son perfectamente extrapolables a los contratos adjudicados bajo el paraguas de ambos textos legales.

2.1.- Objeto y finalidad del reequilibrio económico de la concesión

- La nota característica del contrato de concesión administrativa, ya sea de obra o de servicios, frente al resto de contratos del sector público, es el derecho del concesionario a la explotación de la obra o del servicio a cambio de una remuneración periódica, durante un plazo de tiempo, vía tarifas o peaje y, en algunos casos, acompañado también de un precio.
- Esta es la contraprestación que percibe el concesionario a cambio de la ejecución de la obra y su explotación posterior; o a través de la explotación y gestión del servicio, en su caso.
- Generalmente, se trata de contratos de larga duración, con lo que las circunstancias económicas en base a las cuales se licitó y adjudicó ese contrato pueden variar durante ese periodo de tiempo, debiendo articularse mecanismos que protejan el equilibrio de las prestaciones de las partes durante ese periodo de tiempo, respetando en todo caso los principios básicos en materia de contratación pública, como son el de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, publicidad y transparencia.

2.- El reequilibrio económico del contrato de concesión en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

- Por lo tanto, el plazo de duración de esos contratos se configura como un elemento esencial a valorar en los estudios de viabilidad y plan económico-financiero, a la hora de determinar esa remuneración del concesionario, sobre el que, además, recae el riesgo operacional, y asume los riesgos vinculados a la construcción, así como los vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento, infraestructura o servicio objeto de explotación.
- Por lo tanto, ese riesgo operacional se traslada sobre el concesionario, y se constituye como un elemento esencial del contrato.
- Ahora bien, esa traslación de riesgos y el principio de riesgo y ventura del contratista tiene sus límites, y estos han sido forjados por la doctrina y por la Jurisprudencia de nuestros Tribunales.

2 2.1.- Alcance del riesgo operacional

- Esa inmutabilidad de los términos acordados, o "pacta sunt servanda", cede en determinadas circunstancias y bajo ciertas condiciones.
- Con ello se protege, no solo el interés general que se pudiera ver perjudicado, por ejemplo, ante el concurso de acreedores del concesionario o ante la necesidad de rescatar la concesión por parte de la administración; sino que se evita también la incertidumbre que podría generar esta fórmula contractual para las empresas de no operar también en el ámbito de la concesiones administrativas el principio traído del derecho privado, como es la "rebus sic stantibus", regla que se debe aplicar, efectivamente, de forma restrictiva, pero que nos permite acudir a ella, como decimos, en determinadas circunstancias o condiciones, para lograr el equilibrio económico del contrato.

2.- El reequilibrio económico del contrato de concesión en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

- Y así lo han admitido nuestros Tribunales, afirmando que toda concesión tiene que celebrarse en condiciones de equivalencia en cuanto a las prestaciones, y esa equivalencia se garantiza a través del mantenimiento del equilibrio financiero del contrato (STS de 19 de septiembre de 2000).
- La regla del equilibrio financiero del contrato de concesión se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, lo que habilita el reajuste de las contraprestaciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles incidan en la economía de la concesión.

2.3.-Causas y consecuencias jurídico-financieras del reequilibrio económico del contrato

2

- De conformidad con la LCSP, los supuestos que necesariamente dan lugar al reequilibrio económico de la concesión son dos:

1) Cuando la administración efectúe una modificación del contrato de obras de las señaladas en el artículo 262 LCSP, o bien, que introduzca en el contrato de servicios cualquiera de las modificaciones llevadas a cabo en el servicio contratado o cualquiera de las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios por concurrir las circunstancias previstas con carácter general para la modificación de los contratos administrativos en los artículos 203 a 207 de la Ley.
2) Que las 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.

2.- El reequilibrio económico del contrato de concesión en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

2

- Vemos como ninguno de los dos supuestos tasados recogidos en la LCSP nos serviría para defender una reclamación de reequilibrio económico-financiero del contrato. No obstante, y en la actual situación de excepcionalidad, con medidas económicas también excepcionales, no podemos acudir a esos supuestos de carácter ordinario, pero sí a los supuestos de "riesgo imprevisible", como veremos a continuación.
- Destaco, por su claridad, el Informe 24/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que señala que la Ley de Contratos " ….parece configurar una lista tasada de supuestos en que procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, no debemos olvidar que otras normas y principios generales del derecho que resultan de aplicación a esos mismos contratos pueden establecer también otras causas en las que procede el reequilibrio económico del contrato. De hecho, el propio Consejo de Estado advertía en su Dictamen sobre el Anteproyecto que daría lugar posteriormente a la Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que *"… no se considera del todo adecuado enunciar, con carácter tasado, los supuestos en que "exclusivamente" habrá de restablecerse el equilibrio económico-financiero, pues de ordinario son muy diversos los supuestos en que tal restablecimiento puede resultar procedente…".*
- Y continúa señalando: *"Esta Junta considera que no es posible una interpretación literal, pues eliminar del riesgo la imprevisibilidad es un elemento básico del equilibrio contractual. Es necesaria una interpretación teleológica y sistemática ex artículo 3 del Código Civil".*

2.- El reequilibrio económico del contrato de concesión en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

2

- Añade la Ley que "*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*". En el caso que nos ocupa, no estamos ante una desviación de las previsiones de demanda en relación con lo previsto en el plan económico-financiero de la concesión previo a la adjudicación del contrato, sino ante una desviación y una reducción de ingresos que trae causa en circunstancias excepcionales imprevisibles en el momento en el que se elaboran esos informes previos de viabilidad y sostenibilidad económico-financiera de la concesión.

- Lo que nos dice la norma es que ese reequilibrio no podrá tener lugar cuando esa pérdida de demanda y de ingresos, o ese aumento de costes, traiga causa en una incorrecta previsión de las circunstancias adversas contempladas en el estudio previo incorporado al Plan Económico-Financiero de la concesión, tal y como explicó el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de mayo de 2011, a propósito de la reclamación de reequilibrio formulada por la concesionaria de la autopista de peaje Madrid-Toledo (AP-41).

- Ni el anterior TRLCSP, ni la vigente LCSP hace referencia al riesgo imprevisible como causa que permita acudir a la figura del restablecimiento del equilibrio económico del contrato, si bien se trata de una circunstancia que fue reconocida por el Consejo de Estado, ya en su Dictamen de 5 de diciembre de 1990; y admitida por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en su Sentencia de 16 de mayo de 2011, cuando por un hecho extraordinario e imprevisible, la posición jurídica del concesionario en el seno del contrato de concesión resultaba alterada, y el cumplimiento de las prestaciones a que se había obligado se hacía excesivamente onerosa.

- Y las SSTS de 15 de noviembre de 1986, de 27 de octubre de 2009 y de 17 de mayo de 2012, conforme a las cuales, hay que permitir el reequilibrio cuando se comprueba que existe una mayor onerosidad sobrevenida. Y es así desde la lógica del principio de equidad y buena fe, porque cuando existen hechos imprevisibles que, aun con una buena gestión empresarial, alteran las reglas naturales del reparto de riesgos, se rompe la causa del contrato original, lo que obliga al necesario reequilibrio de las condiciones pactadas.

3.- El reequilibrio económico de la concesión como consecuencia del COVID-19

3.- El reequilibrio económico de la concesión como consecuencia del COVID-19

3

- Destacar en primer lugar que, como señala la Abogacía del Estado en los Informes emitidos en las últimas semanas, el artículo 34 del RDL 8/2020 es norma especial y se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos (LCSP), que solo será aplicable siempre y cuando no se oponga al RDL 8/2020 y a los principios que lo inspiran.
- Pues bien, analizada la exposición de motivos del citado RDL 8/2020 y los fines que persigue, a juicio de quien suscribe, no se compadecen o no guardan relación con la presunta bonanza de las medidas adoptadas.
- Así, y en primer lugar, en ese preámbulo solo habla de la posibilidad de suspender la vigencia y efectos de los contratos públicos, en determinados supuestos y con unas consecuencias económicas, cuando, los contratos administrativos de concesión no se pueden suspender de conformidad con lo dispuesto en los artículos 251 y 286 LCSP, sin que el RDL 8/2020 (norma especial) haya previsto lo contrario en relación con esta tipología de contrato concesional, si bien, en algunos casos, y como consecuencia de esas medidas, la actividad se ha suspendido "de facto", total o parcialmente, y los ingresos concesionales se han visto reducidos sustancialmente.
- Respecto de los contratos de concesión de obras y de servicios, lo que establece la norma especial, es la posibilidad de reestablecer el equilibrio económico de la concesión, pero en determinadas circunstancias y previo cumplimiento de una serie de requisitos que veremos a continuación, y que encajan muy mal con el objetivo que dice perseguir el RDL 8/2020 con las medidas introducidas, como es *"..evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial.."*; o que *"….tengan un impacto estructural negativo esta parte del tejido productivo".*

3.- El reequilibrio económico de la concesión como consecuencia del COVID-19

3

- Y digo esto, por cuanto, a mi juicio, compadecen muy mal esos objetivos con unas medidas de reequilibrio económico de la concesión que solo admite cuando el órgano de contratación, previa solicitud del concesionario, aprecie **la imposibilidad de ejecución del contrato**, habiendo interpretado la Abogacía del Estado (Dictámenes de 1 y 2 de abril de 2020), que esa imposibilidad de ejecución solo se dará cuando estemos ante una "*inviabilidad absoluta*" de ejecutar ese contrato.
- Especial "ensañamiento" se aprecia por parte de la Abogacía del Estado en relación a las posibilidades de reclamación por parte de los concesionarios de autopistas de peaje, a los que dedica un apartado específico, y a los que, en síntesis, les niega el derecho a cualquier tipo de reclamación.
- Es decir, el concesionario se puede encontrar en muchos casos, con una situación en la que su actividad no ha sido suspendida, ni ha tenido que cerrar sus instalaciones en virtud de lo dispuesto por el RD 463/2020, pero como consecuencia de las medidas adoptadas por el COVID-19, sus ingresos se han reducido sustancialmente hasta ver roto ese equilibrio económico de la concesión, y no por una mala gestión o por una incorrecta previsión en los estudios previos, sino por una circunstancia imprevisible derivada de una crisis sanitaria.
- Por lo tanto, se encuentra con que ni tiene ingresos por tarifas o peajes, ni puede suspender el contrato con un derecho indemnizatorio, y tampoco va a poder obtener el reequilibrio económico de la concesión. Es decir, le avocan a una resolución del contrato o a un concurso de acreedores, provocando el secuestro o rescate de la concesión. A lo que hay que añadir que posiblemente haya un tercer interesado, una entidad financiera, al haber hipotecado la concesión o haber solicitado un préstamo participativo, por ejemplo.

3.- El reequilibrio económico de la concesión como consecuencia del COVID-19

3

- Sin embargo, a juicio de quien suscribe, y contrariamente a lo que parece sostener la Abogacía del Estado en sus Informes, ese concesionario sí tiene derecho a que su contrato y la concesión se reequilibre económicamente, y ello por razones de interés general, porque el propio RD Ley en su artículo 34 contiene y regula un supuesto específico de reequilibrio, y por la propia doctrina sentada por las diferentes Juntas Consultivas de Contratación Administrativa y, sobre todo, por la sentada por nuestros Tribunales de Justicia.
- Esa "imposibilidad" a la que se refiere debe ser interpretada como una imposibilidad de ejecutar el contrato en los mismos términos en que se formalizó, con una minoración sustancial de los ingresos que trae causa en un acontecimiento imprevisible no imputable al contratista, tal y como establece el artículo 211.1.g) LCSP. En ningún caso, considero que pueda estar exigiendo una cesación total de la actividad. Pensemos que el propio artículo 34 contiene un procedimiento específico de reclamación por el concesionario para compensarlo por "*la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados*".
- Es decir, se está refiriendo a una minoración de los ingresos fruto de la pandemia, pero no a una cesación total de la actividad. También plantea la posibilidad de compensar el incremento de costes soportados, con lo que está pensando también en aquellas actividades que no solo no han sido suspendidas, sino que se han visto obligadas a reforzar la plantilla como consecuencia de los efectos del COVID-19.

3.- El reequilibrio económico de la concesión como consecuencia del COVID-19

3

3.1.-Procedimiento para la reclamación del reequilibrio concesional conforme a lo dispuesto en el artículo 34 RDL 8/2020

- Como hemos indicado, ese reequilibrio concesional no lo va a reconocer de oficio el órgano de contratación, sino que el propio artículo 34 RDL 8/2020 señala que el mismo solo procederá previa solicitud por parte del concesionario, y acreditación fehaciente por este de la realidad, efectividad e importe de los daños y perjuicios sufridos.
- Vemos, por tanto, como el concesionario debe ser proactivo y reclamar.
- A diferencia de lo previsto en el RDL 8/2020 en relación con el contrato de servicios y de obra, en los que expresamente señala que el órgano de contratación dispone de tan solo cinco días para resolver la reclamación del contratista; sin embargo, nada dice al respecto en relación con el contrato de concesión, con lo que tendremos que acudir a la regla general prevista en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, conforme a la que la administración dispone de tres meses para resolver esa reclamación, debiendo considerar su falta de respuesta, en este caso, como desestimatoria por silencio administrativo negativo.

3.- El reequilibrio económico de la concesión como consecuencia del COVID-19

3

3.2.- Alcance de la compensación

- El artículo 34.4 RDLey 8/2020 establece dos fórmulas compensatorias coincidentes con las que establece la LCSP:
  1) Mediante una ampliación del plazo de duración de la concesión hasta un máximo de un 15%.
  2) Mediante una modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato.
- Respecto a la modificación de las cláusulas de contenido económico, y de conformidad con lo establecido en los artículos 270 y 290 LCSP, estas podrán consistir en:
  1) 1.- La modificación de las tarifas que deben pagar los usuarios.
  2) 2.- La modificación de la retribución que habrá de abonar la administración concedente.
  3) 3.- La reducción del plazo de la concesión.
  4) 4.- Y, en general, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato que, en todo caso, podría consistir en una indemnización económica con modificación de tarifas, o cualquier otra medida económica que respete la arquitectura del sistema de retribución pactado.

4.- Resolución del contrato: secuestro o rescate de la concesión

4.- Resolución del contrato: secuestro o rescate de la concesión

4

4.1.- Resolución contractual de la concesión

- Como hemos visto, el propio RDLey 8/2020 prohíbe expresamente la resolución de los contratos públicos, pero, a mi juicio, esa prohibición opera exclusivamente en los supuestos de suspensión de los contratos, solo prevista en el citado RD Ley para los contratos de obra y de servicios, no para los de concesión.
- Por lo tanto, el concesionario, siempre y cuando concurran las circunstancias previstas en los artículos 279 y 294, en relación con el artículo 211 LCSP, podrá solicitar la resolución del contrato. Y una de las causas previstas para su resolución es la "*imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados*" (art. 211.1.g) LCSP).
- Evidentemente, dicha resolución contractual tiene consecuencias, y muy gravosas para el interés general, no solo por el efecto directo que puede tener sobre el interés general al tratarse de la gestión y explotación de una obra o de un servicio público, sino también por el elevado coste que supondría y su repercusión para las arcas públicas, ya que esa resolución podría conllevar el abono al concesionario de las inversiones realizadas por expropiaciones, obras ejecutadas, etc….

4.2.- Rescate de la concesión

- El rescate se configura como una declaración unilateral del órgano de contratación cuyo efecto principal consiste en que se dé por terminada la concesión. La declaración se producirá necesariamente por razones de interés público, con el objetivo de que la gestión sea asumida directamente por la administración, resultando indiferente la gestión llevada a cabo por el titular de la concesión, por cuanto la decisión de rescate se puede adoptar a pesar de que la gestión del concesionario haya sido correcta.

4.- Resolución del contrato: secuestro o rescate de la concesión

4

- Se exige que por parte del órgano de contratación se acredite que esa gestión directa será más eficaz y eficiente que la concesional.
- El rescate, evidentemente, es causa de resolución del contrato, y genera para el concesionario un derecho indemnizatorio al estar ante una causa de resolución imputable a la administración, y no solo del daño emergente, sino también del lucro cesante.

4.3.- Secuestro de la concesión

- En este caso, estamos ante otra forma de intervención administrativa de la concesión prevista para aquéllos supuestos en los que el concesionario no puede hacer frente, temporalmente y con grave daño social, a la explotación de la obra o del servicio, y puede traer causa en un incumplimiento del concesionario, o puede obedecer a causas ajenas al mismo.
- En este caso, la administración asume temporalmente la explotación y gestión de la concesión por el plazo máximo de tres años, incluidas las prórrogas, y una vez finalizado, el concesionario podrá volver a explotar y gestionar esa concesión. Durante ese periodo de tiempo es el concesionario el que continúa asumiendo el riesgo operacional.
- El secuestro de la concesión será causa de resolución del contrato solo si su duración es superior a la indicada por el órgano de contratación o, en su caso, a la señalada en el apartado anterior.

5.- Conclusiones

5.- Conclusiones

5

- La excepcionalidad de la situación provocada por el COVID-19 y las medidas económicas y sociales adoptadas por el Gobierno, obligan a analizar individualmente cada contrato de concesión para, en primer lugar, ver cuál es el impacto directo que esas medidas han tenido en el desarrollo ordinario de la gestión y explotación de las mismas; y en segundo lugar, establecer las medidas jurídica y económico-financieras precisas para lograr el reequilibrio económico de la concesión.
- Es muy restrictivo el RD Ley 8/2020 a la hora de admitir ese reequilibrio económico del contrato según la interpretación ofrecida del mismo por parte de la Abogacía del Estado, si bien, y como hemos indicado, esa interpretación es totalmente contraria al criterio sostenido por las diferentes Juntas Consultivas y por el propio Tribunal Supremo en los últimos años al valorar y resolver supuestos de reequilibrio económico-financiero en supuestos no tan onerosos e imprevisibles como el que estamos padeciendo actualmente; y con el propio espíritu y finalidad perseguida y definida por el citado RD Ley en su exposición de motivos, de conformidad con el cual, el objetivo último de las medidas es ayudar a las empresas y mantener el tejido productivo, conservación y mantenimiento que mal se compadece con una interpretación tan restrictiva de esas medidas.