

COMUNICACIÓN RELATIVA A LOS PROCEDIMIENTOS DE REEQUILIBRIO ECONÓMICO DERIVADOS DE LA CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19 EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA Y SERVICIOS VIGENTES

1. ANTECEDENTES.

La Organización Mundial de la Salud elevó el pasado 11 de marzo de 2020 la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 a pandemia internacional. Con posterioridad, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declaró por el Gobierno de la Nación el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Hasta la fecha, las medidas extraordinarias que afectan a la contratación pública del Ayuntamiento de Madrid, organismos autónomos y entidades del sector público municipal, se han adoptado, principalmente, a través Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que establece en su artículo 34 determinadas medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de la pandemia.

El citado artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 ha sido posteriormente modificado por la disposición final primera del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, así como 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.

Las medidas extraordinarias en el ámbito de la contratación pública contempladas en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 afectan, entre otros, a los contratos de concesión de obra y servicio así como, por extensión, a los contratos de gestión de servicio público modalidad concesión de la anterior normativa de contratos, contemplándose para los mismos la posibilidad de su **reequilibrio económico**.

La Dirección General de Contratación y Servicios, por Acuerdo de 27 de junio de 2019, de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, tiene atribuida en el apartado 14º punto 1 letras a), e) y f), la competencia para realizar la ordenación de los procedimientos de contratación administrativa, asistir a los órganos de contratación para el adecuado cumplimiento de la normativa sobre contratación administrativa y elaborar recomendaciones e instrucciones sobre contratación administrativa y sobre



contratación pública estratégica del Ayuntamiento de Madrid, organismos autónomos y sector público.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo anterior, en el marco de las excepcionales circunstancias dimanantes de la declaración de pandemia internacional provocada por el COVID-19, del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y 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, se emite la presente Comunicación, al objeto de establecer unos criterios homogéneos en los procedimientos de reequilibrio económico que se tramiten en el Ayuntamiento de Madrid para aquellos contratos que sea vean afectados por la situación de alarma provocada por el COVID-19.

2. OBJETO DE LA COMUNICACIÓN.

Es objeto de la presente Comunicación establecer los criterios de actuación homogéneos que deberán observarse en la tramitación de expedientes de reequilibrio de contratos de concesión (de obra o servicios) y contratos de gestión de servicio público (modalidad concesión) como consecuencia de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

3. ÁMBITO SUBJETIVO.

Todos los órganos de contratación del Ayuntamiento de Madrid, de sus organismos autónomos, así como de las entidades del sector público municipal, deberán ajustar sus actuaciones a lo previsto en la presente Comunicación.

4. CONSIDERACIONES PREVIAS.

Por revisión del equilibrio económico del contrato se entiende la adopción de medidas correctoras en caso de alteración de la equivalencia de prestaciones por causas que no deba soportar unilateralmente una de las partes con la **finalidad de permitir el mantenimiento del servicio público** y restablecer la viabilidad económico financiera de la concesión.

Es decir, no se busca mantener al contratista a salvo de riesgos imprevisibles, sino velar por el mantenimiento del servicio, de manera que cuando dicho



mantenimiento no está en juego rige el principio del riesgo y ventura y, por tanto, del mismo modo que la evolución del negocio puede determinar mayores ganancias para el empresario que las inicialmente previstas, también puede hacer que sufra pérdidas que no necesariamente han de ser asumidas por la otra parte.

Como han señalado reiteradamente doctrina y jurisprudencia, se trata de una fórmula excepcional que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que *“esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario a modo de un seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa, trasladándolos íntegros a la «res pública» en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales”* (STS de 17 de julio de 1991 en recurso de apelación 1751/1988).

De conformidad con el ordenamiento jurídico, así como la doctrina y la jurisprudencia, existen diferentes supuestos en los que, siempre que se cumplan determinados requisitos, debe procederse a la revisión de las condiciones pactadas al objeto de adaptar las mismas a nuevas situaciones o circunstancias surgidas durante la ejecución del contrato: **“ius variandi”** (modificación por razones de interés público de las condiciones contractuales por decisión de la Administración contratante, en ejercicio de las prerrogativas que le otorgan las normas contractuales); **“factum principis”** (medida administrativa de carácter general adoptada con posterioridad a la adjudicación de un contrato que, sin pretender su modificación, provoca una importante alteración de su equilibrio económico financiero); **fuerza mayor** (supuestos contemplados en la normativa contractual aplicable al contrato, enumeración tasada y no ampliable); **riesgo imprevisible** (circunstancia extraordinaria, anormal, imprevista y sobrevenida, que provoca una alteración sustancial de las condiciones económicas de ejecución del contrato que se convierten en mucho más onerosas para una de las partes sobrepasando los límites razonables de aleatoriedad de la licitación); o los **supuestos establecidos en una ley especial o en los documentos contractuales**.

En el proceso de delimitación del desequilibrio **debe contrastarse que la afectación producida en la concesión se consolida**, manteniéndose durante un período de tiempo lo suficientemente amplio como para considerar que no existe posibilidad de recuperación del nivel de rentabilidad anterior a la producción del hecho determinante. Es decir, no resulta suficiente la existencia de dificultades económicas momentáneas en la explotación de la concesión, sino que es necesario que la situación se mantenga durante una parte significativa del plazo de duración de la misma.

Sin embargo, como se analizará posteriormente, el **artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, establece un sistema singular** de restablecimiento del equilibrio económico del contrato **distinto a lo previsto en la normativa contractual y a la doctrina legal consolidada**. Se trata de una **medida compensatoria excepcional y**



de carácter temporal ante una situación de hecho muy concreta y que obliga al **análisis caso por caso** de todos los supuestos que se planteen.

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

- Si el órgano de contratación aprecia la imposibilidad total o parcial de la ejecución del contrato, se podrá acudir al régimen singular del reequilibrio previsto en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020.
- En cambio, si el órgano de contratación aprecia la posibilidad de continuar con la ejecución del contrato pero las medidas adoptadas con ocasión de la crisis provocada por el COVID-19 afectan de manera singular la viabilidad económico financiera del contrato, el mantenimiento de su equilibrio económico podrá ser analizado con posterioridad una vez superada la situación y a la vista de toda la evolución económica del contrato, de acuerdo con el régimen general previsto en la normativa contractual y en la doctrina legal sobre el reequilibrio económico de las concesiones.

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

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

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

Por otra parte, cabe recordar que **cualquier medida de carácter económico adoptada por el Ayuntamiento de Madrid que afecte al equilibrio económico financiero de un contrato de concesión debe reconducirse a los mecanismos previstos en la normativa contractual que resulte de aplicación** (ya se trate de la



modificación del contrato o específicamente de la revisión de su equilibrio económico). Es decir, la adopción de decisiones municipales que afecten al equilibrio económico financiero de los contratos de concesión deberán tramitarse por los procedimientos que en cada caso corresponda según la distinción antes expuesta: ya se trate del régimen jurídico singular del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, ya se trate del régimen general previsto en la normativa contractual y en la doctrina legal sobre el reequilibrio económico de las concesiones.

5. MEDIDAS EXTRAORDINARIAS APLICABLES A CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA Y SERVICIO O CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO (MODALIDAD CONCESIÓN) VIGENTES.

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

- **La situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato** mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.
- Dicho reequilibrio **en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato** de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. **Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.**
- La aplicación de lo dispuesto en este apartado **solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato** como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo, **y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.**



6. CONSIDERACIONES DE ALCANCE PRÁCTICO PARA LA TRAMITACIÓN EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE EXPEDIENTES DE REEQUILIBRIO DERIVADOS DE LA CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19.

Teniendo en cuenta la normativa aprobada ante la situación excepcional derivada de la crisis sanitaria del COVID-19, en especial el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 antes expuesto, cabe extraer las siguientes conclusiones de orden práctico:

6.1 REGLA GENERAL: NO SUSPENSIÓN.

Al contrario de lo que sucede para los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva, en los que el apartado 1 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 establece con carácter general su suspensión automática, el apartado 4 del mismo precepto **no prevé un régimen de suspensión automática para los contratos de concesión de obras y servicios** y, por extensión, los de gestión de servicio público (modalidad concesión) de la anterior normativa de contratos. Consecuentemente, **estos contratos no podrán entenderse suspendidos de manera automática** por la aplicación de las medidas adoptadas para combatir la propagación del COVID-19.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 34.4 prevé que el órgano de contratación, y siempre a instancia del contratista, aprecie la imposibilidad de ejecución del contrato, en su totalidad o en parte, como consecuencia de la situación de hecho provocada por el COVID-19 y las medidas adoptadas para combatirlo.

6.2. CAUSA DEL REEQUILIBRIO: IMPOSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DERIVADA DE LA EMERGENCIA SANITARIA PROVOCADA POR EL COVID-19.

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

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



Específicamente, en relación con la aplicación del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, la Abogacía General del Estado en su informe de 1 de abril de 2020 ha interpretado el término “imposibilidad” de la siguiente manera:

- 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 éste 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.

No obstante, en cuanto a la interpretación del término “imposibilidad” como “inviabilidad *absoluta* de ejecutar el contrato”, debe tenerse en cuenta que, con posterioridad a la emisión del citado informe de la Abogacía del Estado, **la disposición final novena del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo, ha modificado el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 en el sentido de contemplar expresamente la imposibilidad parcial de ejecución**. En particular, se introduce el inciso final del último párrafo del artículo 34.4 que se señala en negrita a continuación:

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

6.3. TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE DE REEQUILIBRIO.

INICIO A INSTANCIA DE PARTE

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

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



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

- La solicitud del contratista en la que consten los motivos, causas o circunstancias por los que entiende existe una imposibilidad de ejecución del contrato, total o parcialmente.
- La apreciación por el órgano de contratación de la imposibilidad de ejecución alegada por el contratista. A este respecto el órgano de contratación deberá motivar en la memoria que elabore al efecto si la concurrencia de los motivos, causas o circunstancias alegados por el contratista son suficientes para imposibilitar la ejecución del contrato y en qué medida. Esta apreciación debe ser muy meditada, condicionada a que realmente resulte imposible continuar con la ejecución del contrato, no solo, en principio, cuando se produzca un descenso en la demanda del servicio, si la continuidad en la prestación es posible a la vista de las medidas de seguridad para prevenir los contagios que han dictado las autoridades sanitarias.

Atendiendo a una interpretación teleológica de estas disposiciones, se entiende que **no es necesario que la solicitud por el contratista deba esperar a la finalización del estado de alarma** para la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato que reequilibren el mismo, sino que podrá solicitarlas en la medida en que se vayan produciendo dichos desequilibrios y éstos hayan sido efectivamente acreditados.

ACREDITACIÓN FEHACIENTE

Tal y como se ha indicado, el Real Decreto-ley 8/2020 exige que el contratista que solicite el reequilibrio económico del contrato a causa de la situación creada por el COVID-19 **acredite fehacientemente la realidad, efectividad e importe de la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados.**

Respecto a los mayores costes, el contratista deberá acreditar de manera fehaciente todos los gastos incurridos durante el período objeto de reequilibrio. Para ello presentará todos los medios de prueba que sean necesarios, facturas, TCs, etc... Dichos justificantes deberán ser comprobados por el responsable del contrato que les dará su conformidad.

En particular, en relación a los costes de personal, deberán acreditarse el pago de las nóminas, incluido el ingreso de las cotizaciones correspondientes a la Tesorería General de la Seguridad Social. Asimismo, entre dichos costes de personal se podrán incluir los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de



servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.

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

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

MECANISMOS DEL REEQUILIBRIO

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

- la ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15%
- o en la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Sin perjuicio de lo anterior, **habrá que atender a la forma de pago establecida en los pliegos de cláusulas administrativas particulares** y si el pago del precio del contrato consiste en una aportación del Ayuntamiento o un canon a ingresar por el concesionario:

- En el caso de que dicha fórmula establezca el pago al concesionario por unidades ejecutadas en el mes que corresponda, deberá tenerse en cuenta una referencia razonable con el objeto de establecer las que se han dejado de ejecutar, en la línea de lo establecido en el apartado anterior. Si el pago de precio es una cantidad prefijada en los pliegos, se tendrá en cuenta la misma en el cálculo del reequilibrio, sin que pueda superarse la misma. Habrá que tener en cuenta asimismo si la imposibilidad de ejecución del contrato es total o parcial.
- Si el pago del precio consiste en un canon a abonar al Ayuntamiento, el órgano de contratación decidirá las medidas de contenido económico que reequilibren el contrato. Éstas podrán consistir en la variación del plazo del contrato, con los límites del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, una variación de las tarifas, en su caso, o podrá acordar la suspensión de canon durante un plazo determinado.



INFORME PRECEPTIVO Y COMUNICACIÓN

Sin perjuicio de los demás informes que en cada caso resulten procedentes, se recuerda que, de conformidad con lo previsto en el apartado 14.1.4 f) del Acuerdo de 27 de junio de 2019 de la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, de organización y competencias del Área de Gobierno de Hacienda y Personal, corresponde a la Dirección General de Contratación y Servicios informar con **carácter previo, preceptivo y vinculante** el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión de obras y servicios siempre que supongan una alteración de sus condiciones económicas. Por lo que los expedientes de reequilibrio económico a que se refiere la presente comunicación deberán remitirse a esta Dirección General para su informe.

Sin perjuicio de lo anterior, se informa a los órganos gestores de los correspondientes contratos que pueden dirigirse a la Oficina de Colaboración Público Privada adscrita a esta Dirección General si necesitan asesoramiento previo en relación con la tramitación de los expedientes de reequilibrio económico de los contratos que puedan verse afectados.

Finalmente, a efectos de facilitar el seguimiento de los expedientes de contratación posiblemente afectados, **se recuerda la necesidad de remitir a la Dirección General de Contratación y Servicios una relación de los contratos** en los 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, den derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico.

EL DIRECTOR GENERAL DE CONTRATACIÓN Y SERVICIOS

