



INFORME 3/2022, DE 10 DE MARZO, SOBRE EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO EN CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS, A CAUSA DE LA SITUACIÓN CREADA POR EL COVID-19.

ANTECEDENTES

La Interventora General de la Comunidad de Madrid ha dirigido escrito a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicitando la emisión de informe sobre diversos expedientes de solicitud de reequilibrio económico financiero en contratos de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, para la prestación de asistencia sanitaria a beneficiarios del sistema nacional de salud, como consecuencia de la declaración del estado de alarma y del impacto económico de la pandemia del COVID-19 en la ejecución contractual, así como en otros contratos de contenido e importe similares.

Se acompaña a la solicitud de informe diversa documentación: pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato; informe jurídico de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid; solicitudes de reequilibrio económico financiero; propuestas de resolución sobre las solicitudes; y resolución en relación con el procedimiento de liquidación de los sobrecostes incurridos por el concesionario correspondiente a otro expediente de contratación.

La solicitud de informe consta en primer lugar de una introducción, en la que se exponen los expedientes correspondientes a las solicitudes de reequilibrio económico financiero presentadas por la entidad concesionaria.

Se exponen a continuación los antecedentes sobre el contrato de referencia: los argumentos expuestos por la entidad concesionaria en sus solicitudes de reequilibrio económico financiero (abono de una compensación económica, más los intereses, por el importe correspondiente a la pérdida de ingresos e incremento de costes soportados en la ejecución del contrato, como consecuencia de la situación provocada por el COVID-19 y por las medidas adoptadas por las Administraciones públicas para hacerle frente); las memorias explicativas de los expedientes de aprobación del gasto y su respuesta a las observaciones formuladas por la Intervención General al primer expediente de referencia; y las conclusiones del informe de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Se indica y comenta seguidamente la normativa aplicable, además de citar el criterio al respecto de la Abogacía General del Estado, manifestado en su Informe 394/2020, de 2 de abril.

Finalmente se plantean las cuestiones concretas sobre las que se solicita informe:

A. En relación con el régimen jurídico aplicable a la reclamación de la concesionaria durante el período de vigencia del estado de alarma:

(...)

1º. En el supuesto de considerar aplicable dicho artículo, se plantea si es posible su apreciación a fecha actual, bien de forma independiente o si pudiera incluirse en la resolución finalizadora del procedimiento administrativo en la que se estime, en su caso, la solicitud de la concesionaria, dado que el RDL no establece un plazo determinado.

2º. Por lo que se refiere a la imposibilidad de ejecución del contrato, (...) se consulta si cabe admitir una imposibilidad parcial en los términos planteados en la solicitud, esto es, referida a la imposibilidad de ejecutar el contrato concesional en los “términos inicialmente pactados” (...).

3º. En el marco del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, y atendiendo a la naturaleza del contrato analizado, se plantea si es correcta, la aplicación de lo estipulado en el apartado 4 de dicho artículo o bien le correspondería la regulación contenida en el apartado 1 relativo a los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva. (...).

B. Respecto al segundo de los expedientes, y como ya se ha indicado, la concesionaria solicita el restablecimiento económico del contrato “de conformidad con lo establecido en los Pliegos que rigen el Contrato y en la legislación en materia de contratos del Sector Público aplicable”.

(...) Se plantea cuál sería el supuesto concreto de aplicación a estas solicitudes de reequilibrio, y por tanto si durante dicho periodo cabe considerar que existen actuaciones de la Administración susceptibles de encuadrarse en la cláusula 20 del PCAP: cuando “actuaciones de la Administración, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión”, o, si cabe acudir a la indemnización de daños prevista la cláusula 8 del PCAP, o incluso, si en último término cabría apelar al denominado “riesgo imprevisible”, alegado por la concesionaria en su solicitud .

Se advierte que la indemnización recogida en las cláusulas relativas a los derechos del concesionario (cláusula 8 PCAP), queda restringida a los “daños acreditados”, se cuestiona en este punto el tratamiento a otorgar al lucro cesante.

Por último, respecto a los expedientes cuyo ámbito temporal venga referido al período posterior a la declaración del estado de alarma, la cuestión que se plantea deviene relativa al posible carácter discrecional, para el órgano de contratación, de la determinación del ámbito temporal de la compensación económica.

CONSIDERACIONES

1.- El órgano consultante solicita el pronunciamiento de esta Junta Consultiva sobre diversos aspectos de la tramitación administrativa de solicitudes de reequilibrio económico de expedientes de concesión de servicios sanitarios, para hacer frente a las consecuencias producidas durante la ejecución del contrato por la situación creada por el COVID-19, con el fin de establecer criterios aplicables a expedientes similares.

Con carácter previo al análisis de la consulta formulada, que como se indica en su planteamiento tiene proyección general, aunque se formule sobre un supuesto concreto, se debe precisar que el presente informe no tiene carácter preceptivo ni vinculante y se emite sin perjuicio de los que corresponde emitir a los órganos competentes en la tramitación administrativa de los contratos.

2.- La primera cuestión objeto de consulta es el régimen jurídico aplicable a las reclamaciones de las concesionarias de servicios sanitarios durante el periodo de vigencia del estado de alarma y, en el supuesto de considerar aplicable el artículo 34.4 el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RDL 8/2020), si es posible su apreciación a fecha actual.

La situación de emergencia sanitaria provocada por la pandemia causada por el COVID-19 y las medidas tomadas para intentar evitar su propagación supusieron un gran perjuicio económico en muchos ámbitos. Como consecuencia de ello, se promulgó el RDL 8/2020. El artículo 34 de esta norma regula las medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del perjuicio económico provocado en los contratos públicos vigentes a la entrada en vigor de dicho real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público, en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), estableciendo su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma, conforme a lo dispuesto en su disposición final décima.

El apartado 1 del citado artículo 34 regula las medidas a aplicar en los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva; el apartado 2, a los contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior; y el apartado 3, a los contratos públicos de obras.

El apartado 4 del citado artículo 34 se refiere a los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios, tanto a los sujetos a la vigente LCSP, como a los contratos de gestión de servicios públicos sujetos a anteriores normativas de contratos públicos (apartado 7 del mismo artículo 34), como la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, norma aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, objeto de la consulta.

El referido artículo 34.4 establece que la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por las distintas Administraciones 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” para compensar 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 el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.”

La imposibilidad parcial de realizar la prestación expresamente se admite en el artículo 34.4 RDL 8/2020 cuando señala que “La aplicación de lo dispuesto en este apartado sólo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación creada por el COVID-19 y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad”. El procedimiento se iniciará a instancia del contratista, que deberá acreditar fehacientemente la realidad, efectividad e importe de los gastos.

No se menciona que dicha imposibilidad de ejecución se refiera a que no se pueda ejecutar el contrato en las condiciones pactadas. A este respecto, el Informe 394/2020, de 2 de abril, de la Abogacía del Estado, sobre los efectos que se derivan del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, mencionado en el escrito de consulta, considera que la mencionada imposibilidad “supone la inviabilidad absoluta de ejecutar el contrato; lo que no sucede cuando este pueda continuar, aunque, debido al estado de alarma, varíe el modo en que puede ejecutarse”, si bien el citado informe es de fecha anterior a la modificación del RDL 8/2020 por el 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, cuya disposición final novena modifica el último párrafo del artículo 34.4 para admitir que la imposibilidad de ejecución puede afectar únicamente a una parte del contrato.

En el presente supuesto, no se acredita que se haya producido una imposibilidad total de ejecución del contrato, a la vista de la documentación que acompaña a la solicitud de informe, puesto que el hospital en ningún momento ha sido cerrado ni su actividad suspendida, tanto por tratarse de una actividad esencial, especialmente durante el estado de alarma sanitaria, tal como se deduce de lo dispuesto en el artículo 18 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, como por la imposibilidad legal de suspensión de los contratos de gestión de servicios públicos y, actualmente, de concesión de servicios (artículos 252 de la Ley 30/2007, 286 de la LCSP y 34.7 del RDL 8/2020).

El RDL 8/2020 es una norma especial, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del COVID-19) y que se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos a los casos que detalla y no a otros (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). En los casos en que la ejecución de los contratos de concesiones de servicios no sea imposible, esta sigue siendo obligatoria para el contratista.

Si el concesionario quiere hacer uso del derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato por causa de la imposibilidad de ejecución parcial del contrato prevista en el artículo 34.4 del RDL 8/2020, puede instar dicha declaración al órgano de contratación, siempre que cumpla las condiciones legales, pero si éste no reconoce tal imposibilidad, no resultaría aplicable el artículo 34 del RDL 8/2020 y la solicitud de reequilibrio económico financiero habrá de tramitarse conforme a lo dispuesto en la legislación de contratos públicos aplicable al contrato, si no existe una norma especial que lo impida, siempre que se motive la concurrencia de alguna de las causas de reequilibrio previstas en la normativa. Por otro lado, la imposibilidad de ejecutar parte del contrato referida en el citado artículo 34.4 cabe interpretarla en el sentido de que aquel no se ha podido ejecutar en los términos inicialmente pactados, si bien, debe recordarse que en cualquier caso, para que sea posible apreciar el reequilibrio al amparo del artículo 34.4 del RDL 8/2020, debe quedar acreditado fehacientemente “el incremento de costes soportados” o “la pérdida de ingresos” derivados de aquella imposibilidad parcial de

ejecución.

En consecuencia, para que al supuesto objeto de consulta (concesión de servicios sanitarios) le resulte aplicable el reequilibrio económico previsto en el artículo 34.4 del RDL 8/2020 relativo a medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19, el órgano de contratación debe apreciar que ha concurrido algún supuesto de imposibilidad de ejecución parcial de la concesión.

En cuanto a la posible aplicación a fecha actual del artículo 34.4 del RDL 8/2020, dado que no se establece un plazo determinado para la reclamación por los contratistas del equilibrio económico de los contratos de concesión, de resultar el mismo temporalmente aplicable al supuesto de hecho concreto, cumpliendo el requisito de que sea solicitado y apreciada por el órgano de contratación la imposibilidad de ejecución parcial de la concesión de servicios, a falta de disposición especial, habría que entender que la posibilidad de solicitar la compensación prescribe a los 4 años, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid.

3.- La siguiente cuestión planteada en la consulta se refiere a si es correcta la aplicación a los contratos formalizados como gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión del régimen del apartado 4 del artículo 34 del RDL 8/2020 o bien el contenido en el apartado 1 del citado artículo 34, relativo a los contratos públicos de servicios y de suministros de prestación sucesiva, por entender que el riesgo operacional del concesionario se minimiza por el pago de una cantidad capitativa por cada una de las personas con tarjeta sanitaria individual registrada dentro del marco poblacional correspondiente.

El apartado 1 del artículo 34 del RDL 8/2020, prevé las medidas en materia de contratación para paliar las consecuencias económicas de la pandemia COVID-19, contemplándose en este caso la suspensión del contrato, siendo de aplicación este apartado únicamente a los contratos de servicios y de suministros de prestación sucesiva.

La presentación de proposición en un procedimiento de contratación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, convirtiéndose en *lex contractus*, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como los licitadores cuando no hubieran impugnado previamente sus bases.

Esta Comisión Permanente considera que el único apartado del artículo 34 del RDL

8/2020 aplicable en este caso de gestión de servicios sanitarios es, si procede, el nº 4, dado que se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, no de un contrato de servicios de prestación sucesiva, por lo que no puede asimilarse a este tipo de contrato y, como se ha indicado en la consideración nº 2, en los contratos de concesión no procede en ningún caso la suspensión del contrato.

4.- Se pregunta también, en la solicitud de informe, sobre la posibilidad de aplicar el régimen general de la contratación pública para el restablecimiento económico de los contratos de concesión de servicios sanitarios durante el periodo temporal posterior al estado de alarma y cuál sería el supuesto concreto de aplicación a estas solicitudes de reequilibrio, bien en alguna de las cláusulas del pliego o en base al “riesgo imprevisible”, sobre si la indemnización de los “daños acreditados” a que se refiere la cláusula 8 del PCAP incluye el lucro cesante y sobre el carácter discrecional, para el órgano de contratación, de la determinación del ámbito temporal de la compensación económica.

Conforme a lo dispuesto en la cláusula 3 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato objeto de la consulta (adjudicado en 2009), se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, sujeto a la Ley 30/2007.

Si el período para el que se solicita el reequilibrio no se corresponde con el plazo de vigencia del RDL 8/2020, la solicitud de reequilibrio económico financiero habrá de tramitarse conforme a lo dispuesto en la legislación de contratos públicos aplicable al contrato, siempre que se motive la concurrencia de alguna de las causas de reequilibrio previstas en la normativa, tal como indica el Informe de 24 de marzo de 2021, de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

Estas causas podrían ser, en un contrato de gestión de servicios públicos, bien la modificación por causas de interés público, bien causas de fuerza mayor, actuaciones de la administración o los supuestos establecidos en los documentos contractuales, lo que obliga al análisis caso por caso de los supuestos que se planteen.

La modificación del contrato por causa de interés público o las actuaciones de la Administración Pública que por su carácter obligatorio para el concesionario determinarían de forma directa la ruptura de la economía del contrato sí que podrían dar lugar al reequilibrio.

En cuanto al riesgo imprevisible o causas imprevistas, es una de las posibles causas de modificación de los contratos no previstas en el pliego de cláusulas administrativas

particulares, de conformidad con lo establecido en el artículo 202 de la Ley 30/2007 (artículo 205 de la vigente LCSP), justificando su necesidad en el expediente. Sin embargo, tampoco puede olvidarse que cierta línea jurisprudencial y doctrinal no descartan la posibilidad de que el riesgo imprevisible pueda configurarse como causa del reequilibrio económico del contrato, en adición a los tres supuestos clásicos de reequilibrio reconocidos legalmente (*ius variandi*, fuerza mayor y *factum principis*).

El artículo 258.4 de la Ley 30/2007 establece que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en determinados supuestos, entre ellos cuando causas de fuerza mayor determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, entendiéndose por causas de fuerza mayor las enumeradas para el contrato de obras en el artículo 214 de esta ley. En el presente supuesto, no pueden invocarse las causas de fuerza mayor establecidas en la legislación de contratos públicos, porque, como indica la Abogacía General del Estado en su Informe de 2 de abril de 2020, el artículo 34 del RDL 8/2020 excluye que la situación de hecho por el COVID-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor; de ahí que no lo califique como tal y que expresamente declare inaplicables los artículos de la legislación de contratos referidos a la fuerza mayor; y porque la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del COVID-19 no permite que, mediante la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones, se acaben renegociando los contratos de concesión y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020.

Si, el órgano de contratación considera que las actuaciones de la Administración como consecuencia de la pandemia provocada por el COVID-19 han determinado de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, deberá restablecer su equilibrio económico, mediante las medidas que proceda, que podrán consistir, conforme a lo dispuesto en el artículo 258.5 de la Ley 30/2007: en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios; la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

A este respecto, no es competencia de esta Junta Consultiva determinar si las actuaciones de la Administración, en su caso, han provocado la ruptura sustancial de la economía del contrato, debiendo ser el órgano de contratación quien, a la vista del contrato y de las actuaciones que se hayan podido producir durante su ejecución, resuelva si procede o no el reequilibrio económico financiero.

Si se diera el caso, el reequilibrio que procediera incluiría el daño emergente y el lucro cesante.

En cuanto al posible carácter discrecional para el órgano de contratación de la determinación del ámbito temporal de la compensación económica, habrá de resolverse conforme a los hechos y circunstancias acreditados por el contratista y los considerados por el órgano de contratación. La posibilidad de establecer distintos reequilibrios financieros ha de ser apreciada por el órgano de contratación en el caso de que la actuación causante del reequilibrio perseverara en el tiempo, no así en el caso de que fuera una modificación o actuación puntual.

CONCLUSIONES

1.- Con carácter general, la solicitud de reequilibrio económico financiero solicitada por el concesionario para el período de vigencia del estado de alarma procederá si se cumplen las circunstancias y condiciones establecidos en el RDL 8/2020. Para que a los contratos de concesión de servicios sanitarios, puesto que se trata de una actividad esencial, les resulte aplicable el reequilibrio económico previsto en el artículo 34.4 del RDL 8/2020 relativo a medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del COVID-19, el órgano de contratación debe reconocer que ha concurrido una imposibilidad de ejecución parcial del objeto del contrato, y quedar fehacientemente acreditado “el incremento de costes soportados” o “la pérdida de ingresos”.

2.- No cabe recalificar la naturaleza de los contratos para aplicar a los contratos de concesión de servicios los efectos previstos en el RDL 8/2020 solo para los contratos de servicios.

3.- Si el órgano de contratación considera que no se cumplen los requisitos del RDL 8/2020, y, en todo caso, si el período para el que se solicita el reequilibrio no se corresponde con el plazo de vigencia del citado real-decreto ley, la solicitud de reequilibrio económico financiero habrá de tramitarse conforme a lo dispuesto en la legislación de contratos públicos aplicable a la concesión.