



INFORME 4/2021 DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA, SOBRE DIVERSAS CUESTIONES DERIVADAS DE LA LEY 7/2020 DE 6 DE ABRIL EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS SUSPENDIDOS

La Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública, en sesión celebrada el 1 de julio de 2021 aprobó por unanimidad, el siguiente informe:

ANTECEDENTES

El día 28 de diciembre de 2020 tiene entrada en el buzón de la Junta de Contratación, solicitud de informe por parte del Director General de Administración Local y Despoblación en relación con las siguientes cuestiones sobre los contratos de concesión de servicios suspendidos, ya sea de forma total o parcial, como consecuencia de la COVID 19 que se exponen de forma resumida:

- a) Periodo durante el que produce efectos el artículo 2 de la Ley Foral 7/2020 de 6 de abril.
- b) Límites que tienen las entidades, como órgano de contratación, a la hora de compensar por el establecimiento del equilibrio económico.
- c) Viabilidad legal del pago a cuenta para los contratos de concesión.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS Y CONCLUSIONES

PRIMERA.

De acuerdo con el artículo 8.a) del Decreto Foral 74/2019, de 26 de junio, por el que se regula la Junta de Contratación Pública (DFJCP), están facultados para pedir informes los titulares de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Foral de

Navarra, en representación de los mismos y de los organismos públicos, sociedades públicas y fundaciones del sector público que tengan adscritos o bajo su tutela.

En consecuencia con lo anterior, hay que hacer notar que el informe ha sido solicitado por órgano no legitimado para ello. Sin embargo, dado el interés para el correcto funcionamiento del sistema de contratación pública, de las cuestiones generales que subyacen en la consulta, se procede a contestar las mismas.

SEGUNDA.

Tal como establece el artículo, 2.1.c) DFJCP, es función de la Junta informar a las personas y entidades sometidas a la Ley Foral de Contratos Públicos y a las organizaciones empresariales, profesionales y sindicales afectadas por la contratación pública sobre cuestiones relacionadas con dicha materia que se sometan a su consideración.

Esta apreciación competencial es relevante puesto que delimita un ámbito concreto, y al mismo tiempo de forma implícita, excluye del mismo cualesquiera otras cuestiones de tipo jurídico que no afecten al sistema de contratación pública establecido por la Ley Foral 2/2018, de 16 de abril, de Contratos Públicos (LFCP) y en lo que ahora nos afecta en la Ley Foral 7/2020 de 6 de abril, por la que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID 19) (LF 7/2020).

TERCERA.

Resulta evidente, y queda extensamente explicado en la exposición de motivos de cada una de las normas que se han aprobado para hacer frente a la situación sanitaria, social, económica etc. derivada de la COVID-19, que nos encontramos en un momento excepcional, que ha requerido y requiere normas cuyo procedimiento de aprobación y contenido son igualmente excepcionales y cuya finalidad es, en consonancia, determinada, y determinante de la interpretación que de las mismas deba llevarse a cabo. En este momento, el Derecho Común adquiere más significado que nunca y a estos efectos resultan especialmente ilustrativos algunos artículos de nuestro Código Civil, cuando afirma *"Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas"* (artículo 3.1), *"La equidad habrá de ponderarse en*

la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita" (artículo 3.2) o "Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecia identidad de razón" (artículo 4.1).

Así pues, el presente informe y todas sus conclusiones, se emiten a la luz de lo anterior, en el intento del mayor respeto a *la ratio legis* del conjunto normativo examinado, y a los principios generales del Derecho entre los que es preciso destacar la equidad, que tiene reflejo en la obligación que adquiere la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y el Sector Público en su conjunto, de actuar conforme al principio de buena fe y confianza legítima (artículo 6.2.i) de la Ley Foral 11/2019, de 11 de marzo de la Administración de la Comunidad Foral y del Sector Público Institucional Foral.

CUARTA.

Con carácter preliminar, pero entrando ya al fondo de las cuestiones que se plantean, es preciso señalar que esta Junta de Contratación, a través de su Comisión Permanente ya ha tenido ocasión de pronunciarse, siquiera parcialmente, en relación con algunas de las cuestiones que se plantean ahora.

En primer lugar, procede recordar que la LF 7/2020 constituye una norma con el mismo rango que la LFCP, pero de carácter especial por lo que su aplicación resulta preferente respecto de la normativa general, en este caso la LFCP, que sólo resultará aplicable en lo que no se oponga a las disposiciones de la LF 7/2020.

Dicho lo anterior, también resulta de utilidad hacer un somero esbozo de las características y naturaleza de las concesiones, entre las que comparte con el resto de modalidades contractuales la existencia de un interés público para cuyo cumplimiento se establecen, y que debe ser protegido por cualesquiera decisiones que se adopten a lo largo de la vida del contrato, en conjunción con la protección y respeto por los principios de la contratación pública. Por el contrario, hay notas que diferencian a los contratos de concesión del resto de contratos y estas son, fundamentalmente, la aplicación de los principios de continuidad del servicio y la transferencia del riesgo operacional al contratista. Tanto unas características como otras, son requisitos *sine qua non* para la existencia de la concesión.

QUINTA.

Analizamos a continuación cada una de las cuestiones sobre las que se requiere pronunciamiento:

- a) Periodo durante el que produce efectos el artículo 2 de la Ley Foral 7/2020 de 6 de abril.

Dado que un periodo es un plazo de tiempo que comienza (*dies a quo*) y que acaba (*dies ad quem*), para responder a la cuestión hay que determinar ambos momentos. En relación con el *dies a quo* de las medidas en materia de contratación pública contenidas en la LF 7/2020, el texto de su Disposición Final Segunda no ofrece duda: las medidas deben entenderse aplicables desde el día 15 de marzo de 2020, (Vid informe 4/2020 Apartado E.1).

En cuanto al *dies ad quem*, en su solicitud de informe la DGALD propone una interpretación por la cual las medidas previstas por la LF 7/2020 no tendrían vigencia más allá del día 20 de junio del año 2020, en que finalizó el estado de alarma, comenzando en ese momento a operar las normas generales de contratación pública y en particular el principio de riesgo y ventura bajo el que se ejecutan las concesiones.

Es un hecho que la normativa excepcional dictada por la Comunidad Foral de Navarra como consecuencia de la COVID-19 y para paliar sus efectos, sigue en gran medida las disposiciones adoptadas con carácter general por el Estado. No obstante, ello no determina una identidad absoluta, ni la renuncia de la Comunidad Foral al ejercicio de sus competencias, entre las que destacadamente procede señalar la competencia exclusiva en materia de contratación pública, al amparo de lo recogido en el artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral (LORAFNA).

En particular en este concreto aspecto, relativo a la vigencia de las previsiones de la LF7/2020, el legislador foral ha optado por una solución diferente a la establecida a nivel estatal y a este respecto la Disposición Final Segunda. Entrada en vigor y vigencia no da lugar a dudas en cuanto a esta cuestión. “1. Esta ley foral entrará en vigor el día de su publicación en el Boletín Oficial de Navarra y mantendrá su vigencia hasta que una norma con rango de ley foral determine la desaparición de las circunstancias extraordinarias que motivan su aprobación, salvo lo dispuesto en los artículos 9, 10 y 12.3 de esta ley foral.

Asimismo, aquellas medidas previstas en esta ley foral que tienen plazo determinado de duración se sujetarán al mismo.”

Por lo tanto, la LF 7/2020 establece un *dies ad quem* sujeto a una condición, la aprobación de una norma con rango de Ley Foral que determine la desaparición de las circunstancias extraordinarias que motivan su aprobación, con las únicas excepciones previstas expresamente, entre las que no se encuentra el artículo 2, sobre el que versa este informe.

De lo anterior se desprende que el régimen establecido por el citado artículo sigue vigente a día de hoy, puesto que la condición no se ha cumplido.

- b) Límites que tienen las entidades locales como órgano de contratación, a la hora de compensar por el restablecimiento del equilibrio económico en un contrato de concesión de servicios

La técnica del reequilibrio económico del contrato de concesión, que tiene uno de sus fundamentos en la necesidad de permitir la continuidad de la prestación como medio para la consecución del interés público al que sirve el contrato, hace posible la adaptación de las condiciones económicas iniciales, siempre que ello no conlleve la modificación del contenido del contrato.

Con esta finalidad, y en el contexto excepcional provocado por la COVID-19, se aprobó el artículo 2.5 de la LF7/2020, que por su propia naturaleza ha de ser interpretado de forma estricta, pero igualmente prudente, para evitar que esta interpretación frustre la consecución de la *ratio legis*, cual es, según establece el propio artículo, la compensación por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados por el concesionario.

En particular la DGALD cuestiona si el reequilibrio ha de ser limitado a la ampliación de la duración del contrato en un máximo del 15% o a la modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato, o si por el contrario deben compensarse todas las pérdidas del concesionario.

Se hace preciso retornar a lo expuesto en la consideración jurídica cuarta, último párrafo, de este informe. Es el correcto entendimiento y aplicación de las notas características de la concesión lo que permitirá la interpretación más razonable de la norma. De ahí que en una situación obviamente excepcional, que desde el punto de vista económico pudo poner en peligro la subsistencia de muchas entidades

concesionarias de diversos servicios de la Administración pública, con el consecuente riesgo para la continuidad de estos servicios de interés público, se justifica el establecimiento de un derecho al reequilibrio económico para el concesionario, ligado a un supuesto no contemplado específicamente por la norma de aplicación general (la imposibilidad de ejecutar el contrato con motivo de la COVID), que nace al momento de cumplirse los requisitos formales establecidos por la LF 7/2020 (la solicitud por parte del concesionario, la apreciación de la imposibilidad por parte de la entidad concedente y la acreditación de los daños) y que se puede concretar ya en la ampliación del plazo, ya en la modificación de los términos económicos de la concesión.

Ahora bien, pretender que esta intención de abordar de forma específica las consecuencias de la COVID 19 se traduzca en la asunción por parte de la Administración concedente de la totalidad de pérdidas del concesionario, excede de la interpretación prudente de la norma puesto que llevaría a anular la transferencia del riesgo, y por lo tanto, provocaría la desnaturalización del contrato, intención que sin duda, no subyace en la redacción establecida por el legislador en el artículo 2.5 LF 7/2020.

A este respecto serían de aplicación las consideraciones realizadas en nuestro informe 4/2020 en sus apartados C.1 y C.2:

C.1) El contenido del apartado 5 del artículo 2 ¿significa que el órgano de contratación, además de adoptar las medidas citadas en el primer párrafo del apartado 5, debe compensar económicamente al concesionario por la pérdida de ingresos e incremento de costes que haya sufrido? ¿O dicha compensación se realiza precisamente al restablecer el equilibrio económico?

De la lectura comprensiva del apartado 5 del artículo 2 se desprende que la persona concesionaria de una obra o servicio cuya ejecución haya devenido total o parcialmente imposible, con causa en las circunstancias generadas por el COVID-19, tendrá derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Obviamente, para ser acreedor de este derecho, es imprescindible que la causa (COVID-19) haya producido una consecuencia, y esta consecuencia debe ser el quebranto en el equilibrio económico de la concesión. Producido y acreditado el quebranto, los conceptos que deben ser tenidos en cuenta para el restablecimiento de la situación inicial son bien la pérdida de ingresos, bien el incremento de los costes soportados, o bien ambos. Y la forma en que podrá producirse el reequilibrio será a elección del órgano de contratación, según el apartado 5, párrafo primero in fine “mediante (...) 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”, bien entendido que la actuación del órgano de contratación debe someterse, como toda actuación pública, a los principios de buena fe y equidad y a la interdicción de la arbitrariedad, y por lo tanto deberá elegir el modo de retornar el equilibrio de la concesión que mejor se acomode a las circunstancias del caso concreto, en aplicación de la indicación dada por el propio artículo que afirma “según proceda en cada caso”.

En consecuencia, la compensación económica, en cualquiera de las formas previstas, es el reflejo del restablecimiento del equilibrio económico del contrato y no un concepto indemnizatorio distinto.

C.2) ¿Cuáles pueden ser esos gastos adicionales salariales a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de servicios?

De acuerdo con lo expuesto en apartados anteriores, deberán ser tenidos por gastos salariales aquellos que efectivamente se hayan producido (y se puedan acreditar) siempre que encajen en los conceptos ya expuestos. Y serán adicionales, en aplicación de la definición de la Real Academia Española (1. adj. Que se suma o añade a algo) los que no hubieran sido tenidos en cuenta en el momento de la adjudicación de la concesión ni en los pliegos reguladores (artículo 186.1 LFCP) ni en la oferta de la concesionaria (artículo 187 LFCP) y hayan de sumarse a los que sí estaban contemplados, representando un impacto suficiente en el equilibrio económico de la concesión en su conjunto. La distinta naturaleza y contenido de las concesiones existentes no hacen posible el establecimiento de un catálogo de gastos que hayan de tenerse en cuenta y otros que deban estar excluidos, cuestión que debe ser necesariamente examinada caso por caso y aplicada por el órgano de contratación, teniendo en cuenta el límite establecido expresamente por el artículo 114.2.b) LFCP: “Se considerará que una modificación afecta al contenido sustancial del contrato cuando se cumpla alguna de las siguientes condiciones: b) Que la modificación altere el equilibrio económico del contrato o del acuerdo marco en beneficio del contratista.”

De acuerdo con lo anterior, sentado que resulta imprescindible el mantenimiento de la transferencia de riesgos establecida en el contrato al momento de su adjudicación, el modo de llevar a cabo el reequilibrio habrá de adaptarse a las circunstancias de cada caso concreto, las del concesionario y las de la administración concedente, porque el derecho al reequilibrio económico del contrato no es equivalente al derecho del concesionario a elegir el modo en el que habrá de llevarse a cabo este reequilibrio. La opción entre una u otra alternativa, o una combinación de ambas, habrá de hacerse en

primera instancia mediante el acuerdo de las partes, puesto que de esta forma se garantizará mejor el interés público, y en defecto de acuerdo, mediante la aplicación de las prerrogativas administrativas para la interpretación y ejecución del contrato.

- c) Viabilidad legal del pago a cuenta de la compensación para los contratos de concesión.

En relación con este tema hay que precisar que la Ley Foral 7/2020 no establece ninguna previsión específica al respecto (como no lo hace el resto de normativa de carácter excepcional en materia de contratación pública aprobada con motivo de la COVID-19). En consecuencia, en ausencia de norma especial, a esta cuestión deben serle de aplicación las disposiciones que rijan el contrato (entendidas por tales los pactos establecidos en los pliegos y concretados en la oferta de la concesionaria, que constituyen la *lex contractus*, así como en lo no previsto, las disposiciones legales contenidas en la Ley Foral 2/2018 y otra normativa). En particular, el artículo 197. a) de la Ley Foral 2/2018, aplicable de forma supletoria a las concesiones de servicios, establece, entre las posibles aportaciones públicas a la explotación, los anticipos reintegrables. Ello no obsta a que la aplicación de la normativa económica y de gestión presupuestaria de la entidad concedente establezca requisitos o límites para la concesión de estos anticipos, requisitos y límites que deberán ser respetados, pero cuyo análisis excede el ámbito competencial de esta Junta.

De acuerdo con todo lo anterior, se llega a las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- El contenido del artículo 2.5 de la Ley Foral 7/2020, de 6 de abril, por la que se aprueban medidas urgentes para responder al impacto generado por la crisis sanitaria del coronavirus (COVID 19), de acuerdo con lo establecido por la Disposición Final Segunda, sigue vigente a la fecha de firma de este informe y en tanto no se cumpla la condición establecida en el mismo: la aprobación de una norma con rango de Ley Foral que determine la desaparición de las circunstancias extraordinarias que motivan su aprobación.

Segunda.- La Ley Foral 7/2020 establece un derecho al reequilibrio económico del contrato cuando la situación de hecho o de derecho creada por la COVID-19 y las medidas adoptadas por las Administraciones Públicas para

combatirlo, generen una pérdida de ingresos y/o el incremento de los costes soportados, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de servicios. Este reequilibrio, que no puede suponer la eliminación de la transferencia del riesgo propia de la concesión, podrá llevarse a cabo bien a través de la ampliación del plazo de la concesión, bien mediante la modificación de las condiciones económicas del contrato.

Tercera.- La Ley Foral 7/2020, de 6 de abril, no establece ninguna previsión específica respecto del pago a cuenta de la compensación para los contratos de concesión de servicios. En consecuencia, en ausencia de norma especial, a esta cuestión deben serle de aplicación las disposiciones que rijan el contrato.

Es todo cuanto se informa, con sometimiento a criterio mejor fundado en Derecho.

Pamplona, 1 de julio de 2021.

LA PRESIDENTA

EL VOCAL

LA SECRETARIA

Marta Echavarren Zozaya

Martín Orradre Artieda

Silvia Baines Zugasti