

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2024 N.º 168

Jurisprudencia del Tribunal Supremo contraria a indemnizar a las concesionarias de autopistas por las pérdidas derivadas de la pandemia

La reciente Sentencia número 1.775/2023, de 21/12/2023, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo -ECLI:ES:TS:2023:5808¹ -, analiza la pretensión resarcitoria accionada por una concesionaria de autopistas fundada en la necesaria indemnización de los daños derivados de la pérdida de ingresos generada por la pandemia. La STS rechaza todos y cada uno de los títulos de imputación esgrimidos en la demanda, descartando el reconocimiento de cualquier género de indemnización.

El 2 de marzo de 2022, la EMPRESA CONCESIONARIA S.A. (en adelante ECSA), interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la reclamación formulada el 20 de julio de 2020 ante

el Consejo de ministros, ampliada por nueva solicitud de 28 de mayo de 2021. Expone que con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo² (en adelante RDL 8/2020), se adquirió el derecho a percibir una compensación

¹ El sentido y criterio de esta Sentencia del Tribunal Supremo es el establecido en la Sentencia 118 de diciembre de 2023 en el recurso 99/2022, y que con posterioridad se ha mantenido en la Sentencia que aquí se analiza, y en otras posteriores como la STS 5811/2023 ECLI:ES:TS:2023:5811.

² El artículo 34.4 del RDL 8/2020, disponía en su redacción original, que en los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a su entrada en vigor, celebrados por las entidades del Sector Público, 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.

igual a los ingresos dejados de percibir a consecuencia de las medidas adoptadas por el Estado y otras Administraciones públicas para luchar contra el COVID-19, derecho que le fue expropiado por el RDL 26/2020, de 7 de julio³ (en adelante RDL 26/2020). Considera que el día 9 de julio de 2020, fecha en la que había terminado el primer estado de alarma, tenía un derecho subjetivo de crédito patrimonializado a recibir una compensación por los perjuicios, reconocido por el artículo 34.4 del RDL 8/2020, de suerte que el RDL 26/2020 actuó con una retroactividad máxima, al afectar a derechos subjetivos ya nacidos, consolidados y patrimonializados, produciéndose así una expropiación legislativa que obliga a indemnizar a los afectados. En lo concerniente al periodo temporal que debe estar cubierto por la pretendida indemnización, entiende que debe extenderse al menos hasta el 8 de mayo de 2021, tras la finalización del tercer estado de alarma de 2020.

Junto a este fundamento jurídico, la reclamante añade, a título subsidiario, los siguientes:

- Invoca la aplicación continuada del artículo 34.4 del RDL 8/2020, en la hipótesis de que el artículo 25 del RDL 26/2020 se considere inaplicable.
- Alega el principio de *factum principis*.
- Considera que, de acuerdo con el artículo 7.1 de la LCAP, las normas civiles son de aplicación

supletoria a los contratos administrativos, y a su amparo, obligan a reconocer un derecho a la correspondiente indemnización.

- Alega fuerza mayor,
- Invoca la doctrina jurisprudencial del riesgo imprevisible.

De acuerdo con todo lo anterior, concluye solicitando la anulación de la desestimación por silencio administrativo y la estimación de las solicitudes de indemnización formuladas en junio de 2020 y mayo de 2021; y con base en el principio de expropiación legislativa, se declare el derecho de la recurrente a recibir una indemnización o justiprecio en la cuantía de 40.662.033,65 euros.

El Tribunal Supremo considera que, en estas reclamaciones derivadas de la situación pandémica, deben distinguirse dos periodos, con regímenes jurídicos distintos:

1. El periodo de vigencia del primer estado de alarma y el mes siguiente, es decir desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 21 de julio de 2020, como determina con toda claridad la disposición final décima del RDL 8/2020⁴.
2. El periodo posterior se rige por la normativa aplicable a las concesiones a que se refiere el recurso, que como antes hemos indicado, está constituida por la Ley 8/1972⁵, de Autopistas,

³ El artículo 25 establece una serie de disposiciones aplicables a los contratos de concesión comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 34 RDL 8/2020, operando, a juicio de la demandante, la expropiación del derecho de crédito a 9 de las 10 concesionarias.

⁴ Que es el periodo al que se circunscribe la aplicación de las previsiones contenidas en el artículo 34.4 RD-ley 8/2020 y en el artículo 25 del RD-ley 26/2020, de 7 de julio.

⁵ Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión

y con carácter supletorio, por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas⁶.

Sentado lo anterior y en cuanto a las pretensiones de la demanda, la STS concluye lo siguiente:

1. Respecto de las alegaciones relativas a la expropiación legislativa, la Sala no comparte la tesis de la parte recurrente, pues el artículo 34.4 del RDL 8/2020 establece dos condiciones para el reconocimiento del derecho del concesionario a la compensación:

- i) “sólo” se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de los gastos,
- ii) “sólo”, con el significado de únicamente o solamente, el artículo 34.4 del RD 8/2020, en su último párrafo, determina que la aplicación de lo dispuesto en ese 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 descrita en su primer párrafo”.

Señala la Sentencia que el órgano de contratación no ha apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato, por lo que faltando este requisito requerido expresamente por el artículo 34.4 RDL 8/2020, la Sala no puede considerar que el derecho a la compensación que reclama la parte recurrente haya nacido

y esté consolidado y patrimonializado, por lo que no puede prosperar la pretensión ligada a una expropiación legislativa operada por el RDL 26/20207.

- 2. Plantea el reclamante que ha procedido una continua aplicación del artículo 34.4 del RDL 8/2020, porque el RDL 26/2020 no fue una norma complementaria que clarificara el alcance de aquél. Discrepa la Sala de esta posición porque la propia Exposición de Motivos del RDL 26/2020 indica que la Sección 2ª de su Capítulo V (en el que se ubica el artículo 25), desarrolla las previsiones recogidas en el artículo 34.4 RDL 8/2020. En este sentido ya se pronunció la Sala, en la sentencia de 18 de diciembre de 2023, señalando que debe rechazarse la posibilidad de aplicar sólo el mecanismo de compensación previsto en el artículo 34.4, prescindiendo de la modificación introducida por el artículo 25, pues no es posible prescindir de la aplicación de una norma legal posterior y constitucional. Antes bien, el artículo 25 RDL 26/2020 tuvo la función de aclarar y especificar cuándo no se aprecia esa imposibilidad de ejecución del contrato a los efectos del artículo 34.4 RDL 8/2020.
- 3. Sobre las doctrinas del *factum principis* y del *riesgo imprevisible*. La Sala parte de la distinción de dos periodos, señalando que las previsiones del artículo 34.4 del RDL 8/2020 operaban durante el primer período de alarma, de acuerdo con su disposición final 10ª, sin que la citada norma sea aplicable en el caso enjuiciado por falta de los requisitos exigidos por la misma.

⁶ La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que es la vigente en el momento de otorgamiento de las concesiones.

⁷ En igual sentido, la sentencia de la Sala de 18 de diciembre de 2023, llega a la misma conclusión sobre la inexistencia de privación o expropiación de derechos consolidados, a falta del reconocimiento de los mismos por el órgano de contratación (FD 3º).

En cuanto al período posterior al primer período de alarma y al mes siguiente rige la normativa general aplicable a la concesión, bajo la cual no resulta aplicable, a juicio de la Sala, la doctrina del *factum principis* ni del *riesgo imprevisible*: El “*factum principis*” implica la obligación que tiene la Administración de compensar al contratista cuando, por actuaciones propias -generales y obligatorias- que se mueven en un plano superior a la relación contractual, se provoque (de forma indirecta) un desequilibrio de las prestaciones en perjuicio del contratista. En el “*riesgo imprevisible*” ese desequilibrio se produce por circunstancias excepcionales e imprevisibles ajenas a la intervención administrativa.

La sociedad recurrente entiende que en el momento de su adjudicación -agosto de 1975- ya regían estos supuestos de restablecimiento del equilibrio contractual, pero lo cierto es que ni el pliego que rige la concesión (1998), ni la Ley de Autopistas (1972) reconocen de modo general estos mecanismos de reequilibrio concesional⁸. En la Ley de Contratos del Estado de 1965 tampoco se recoge el “*factum principis*”⁹. La parte invoca la cobertura que le puede proporcionar el art. 127.2 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios

de las Corporaciones Locales, pero señala la STS que se trata de una norma local que no resulta de aplicación a las concesiones otorgadas por la Administración del Estado; además de que dicha norma solo prevé dos supuestos: ejercicio del *ius variandi* por la Administración y la modificación de tarifas, siempre que en ambos supuestos la intervención de la Administración determine de forma directa una ruptura sustancial de la economía de la concesión. Fue la normativa posterior a la adjudicación del contrato la que contempló este mecanismo de reequilibrio contractual¹⁰.

Por ello la Sala considera que los mecanismos de reequilibrio contractual invocados no son aplicables al supuesto analizado. A esto añade que las medidas adoptadas no son imputables a la Administración concedente, pues se adoptaron por normas con rango o valor de ley¹¹, por lo que los daños no son imputables a la actuación de la Administración del Estado sino al legislador. Y, en todo caso, no concurren los requisitos para la aplicación del “*factum principis*” o del “*riesgo imprevisible*” en los términos previstos en la legislación antes citada, pues la aplicación de estos mecanismos de reparación exige, según las normas existentes en el momento de la adjudicación y en las leyes posteriores “la ruptura de la

⁸ Tan sólo menciona en el artículo 25, un supuesto de ampliación de la concesión acordada por la Administración, ajeno al supuesto que nos ocupa.

⁹ El artículo 80 establecía que “cuando la explotación del servicio se haga imposible como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, el empresario podrá pedir la resolución...”, exigiendo que los acuerdos fuesen adoptados por la Administración contratante e hicieran imposible la explotación del servicio, en cuyo caso se podía pedir la resolución del contrato con indemnización.

¹⁰ La Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas incorporó el “*factum principis*” y lo hizo en su artículo 248 con referencia a los supuestos en los que por causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración “determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión”. Esta previsión se mantuvo, también para los contratos de gestión de servicios públicos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (art. 241.2.b) y 258.4.b) y en el Texto Refundido del 2011 (artículos 258.2.b) y 282.4.b) En similares términos se pronuncia la vigente art. 290.4 b) de la Ley 9/2017 de contratos del sector público.

¹¹ La mayoría de las previsiones se adoptaron por Real Decreto Ley sino también porque los Decretos por los que se declara el estado de alarma debe reputarse normas con valor de ley, como ha señalado la STS de 10 de junio de 2020 y la más reciente STS n.º 1360/2023, de 31 de octubre de 2023 (rec. 453/2022)

economía de la concesión” o la “ruptura sustancial de la economía del contrato”.

4. También a título subsidiario, la parte recurrente solicita la aplicación supletoria de las normas civiles, de conformidad con el artículo 7.1 de la LCAP¹², y en su virtud, ser indemnizado en tanto que el Derecho Privado no permite que la imposibilidad sobrevenida temporal parcial de la ejecución de un contrato de tracto sucesivo, con obligaciones recíprocas, perjudique a una de las partes. La Sala rechaza este motivo de impugnación por falta del “*presupuesto de imposibilidad de ejecución del contrato*”, y porque los efectos de los contratos de concesión se rigen por su normativa propia en lo relativo a los riesgos derivados de su ejecución y, en último término, porque la parte recurrente ni siquiera cita o detalla la concreta norma o precepto legal de derecho privado infringida por su falta de aplicación.
5. Por último, la parte recurrente apela a la fuerza mayor (FM), que el propio RDL 8/2020 reconoce a efectos laborales, con la consecuencia indemnizatoria que prevé el artículo

144 de la LCAP. Este precepto establece normas específicas sobre la FM en relación con los contratos de obras, señalando que en estos casos y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido¹³.

Señala la Sala al respecto que (i) ha mantenido un criterio interpretativo del concepto de fuerza mayor limitado a los supuestos enunciados en el texto legal como causa indemnizatoria de los daños y perjuicios en la ejecución de un contrato de obras; (ii) las medidas de intensa limitación de la libertad de circulación de los ciudadanos, que redujo el tráfico y los ingresos de la sociedad concesionaria, dejaron de estar vigentes a partir de la finalización del primer estado de alarma y (iii) que no se aprecia en el presente caso se haya producido la ruptura sustancial de la economía de contrato, que no puede vincularse a las pérdidas sufridas en un periodo de tiempo de unos meses, cuando la relación contractual se extiende en este caso a lo largo de varias decenas de años.

¹² El artículo 7.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, invocado por la parte recurrente, establece que: “los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.”

¹³ El apartado 2 del artículo 144 enumera como supuestos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.