

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Tercera C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004
33010330
NIG: 28.079.00.3-2023/0036831

Recurso de Apelación 628/2024

Recurrente: [REDACTED]
PROCURADOR [REDACTED]
Recurrido: AYUNTAMIENTO DE MAJADAHONDA
LETRADO EN ENTIDAD MUNICIPAL

SENTENCIA N° 460/2025

Presidente:

D./Dña. [REDACTED]

Magistrados:

D./Dña. [REDACTED]

D./Dña. [REDACTED]

D./Dña. [REDACTED]

En Madrid, a cuatro de Junio del año dos mil veinticinco.

Visto el recurso de apelación núm. 628/24 interpuesto por el Procurador [REDACTED]
[REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] contra la
Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 34 de Madrid de fecha 20 de
Mayo de 2.024 que desestima el recurso contencioso nº 289/23 respecto de reequilibrio
económico de contrato de concesión; habiendo sido parte apelada el AYUNTAMIENTO DE
MAJADAHONDA representado por su Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La referida representación procesal de la parte impugnante formuló recurso de
apelación frente a la resolución judicial reseñada, solicitando la revocación de la misma, y
siguiéndose por el correspondiente Juzgado de lo Contencioso-Administrativo los trámites



procedimentales previstos en los artículos 80.3 y 85 y siguientes de la Ley Jurisdiccional 29/1.998.

SEGUNDO.- Recibidas en esta Sala las actuaciones y documentaciones correspondientes al recurso de apelación, y efectuados los trámites que constan en los autos, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso de apelación, que tuvo lugar el día 4 de Junio de 2.025.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado [REDACTED]

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de apelación recae sobre la Sentencia dictada el 20 de Mayo de 2.024 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 34 de Madrid que desestima el recurso contencioso nº 289/23 de la mercantil [REDACTED] contra la desestimación presunta del Ayuntamiento de Majadahonda respecto de solicitud de reequilibrio económico del contrato de concesión para la construcción y gestión del Centro Deportivo “El Carralero” en Majadahonda por el período comprendido entre el 1 de Julio de 2.020 y el 28 de Febrero de 2.022, con un importe de 1.288.630 €, y fundamento en el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2.020, de 17 de Marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del “Covid-19”.

Los razonamientos sustanciales del Juzgador de instancia (FJ 5º) son los siguientes:

<< [...] la cuestión controvertida consiste en determinar si la pandemia provocada por el Covid19 y como consecuencia de las medidas higiénico sanitarias impuestas por la Administración, durante el periodo reclamado del 1 de junio de 2020 al 28 de febrero de 2022, ello ha provocado un desequilibrio económico de la concesión que exija el restablecimiento de equilibrio económico del contrato.

[...]

La parte recurrente insiste en que se ha producido una ruptura del equilibrio económico por causas imprevisibles, y, en concreto, cita la situación de pandemia que modificó el patrón de comportamiento de los usuarios, y el marco legislativo que impuso medidas restrictivas. Ello provocó una caída de ingresos del 37% (2,6 millones de euros)



respecto del ejercicio 2019, frente a una reducción de gastos de solo el 20% (1,3 millones de euros) y la necesidad de hacer inversiones por valor de 21.080 euros.

Pero estas causas –situación de pandemia y marco legislativo- han producido una ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato. En el fondo, la recurrente pretende desplazar a la Administración todo el riesgo económico soportado, pese a que el contrato prevé expresamente que la concesión se ejecuta a riesgo y ventura del concesionario. Ha de partirse necesariamente del hecho de que la presente reclamación se fundamenta en la disminución del número de usuarios que ha venido provocada, por un lado, por el cambio en el modelo de comportamiento de los propios usuarios, y, por otro lado, por las medidas impuestas por la Administración, tales como, la limitación de los aforos, las distancias interpersonales, etc... Pero tal disminución no puede considerarse como un supuesto equiparable a fuerza mayor, a riesgo imprevisible o a “factum principis”, sino que entra dentro del propio juego del principio de riesgo y ventura y que la concesionaria asume en el marco de su relación contractual.

En efecto, en concreto, en relación con la aplicación del principio “factum principis”, la recurrente no vincula esa disminución de usuarios a una decisión municipal derivada del ejercicio por la Administración de su prerrogativa para modificar el contrato, que es lo que exige este principio [...].

En este caso, el Ayuntamiento de Majadahonda no ha tomado ninguna decisión que hubiera alterado la concesión, sino que esas decisiones han sido tomadas por otras Administraciones, bien por la administración central bien por la administración autonómica [...] En definitiva debe rechazarse la aplicación de la doctrina del “factum principis”, ya que la Administración recurrida no ha sido la autora del mismo.

Por otro lado, la recurrente asocia la situación de pandemia a causa de fuerza mayor. La propia legislación especial de aplicación, como es el art. 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 o el art. 25 del Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, excluyen que la situación de hecho creada por la COVID-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor. A ello debe añadirse que el art. 144 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aquí aplicable, define los casos de fuerza mayor entre los que no se encuentra la pandemia ocasionada por la COVID-19. Del tenor literal del citado precepto es claro que la pandemia no cabe identificarla con un incendio, con un fenómeno natural de efectos catastróficos o con los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de



guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público. Por otro lado, desde el punto de vista del derecho privado, tampoco puede identificarse con el concepto de fuerza mayor [...] Y huelga decir que, respecto al periodo aquí reclamado, la recurrente ha podido seguir explotando el centro deportivo, es cierto que en condiciones diferentes, pero lo ha hecho, lo que excluye el concepto de fuerza mayor.

Y, finalmente, respecto del riesgo imprevisible, porque el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, aun basado en el riesgo imprevisible, exigiría que se acreditara que se ha producido una ruptura sustancial de la economía de la concesión; ruptura que no se ha acreditado. Lo primero, porque, en palabras del Tribunal Supremo, “el reequilibrio ha de ser valorado en el conjunto de la prestación, lo contrario implicaría que la Administración tendría que asegurar al concesionario frente a toda contingencia que alterara los términos de su prestación.” (STS de 15 de marzo de 2024, Rec. 98/2022). Es más, añade el Tribunal Supremo que, en todo caso, el contrato de concesión debe mantener el equilibrio económico en los términos en que fue considerado en el momento de su adjudicación, sin que cualquier alteración que se produzca en la ejecución de las prestaciones otorgue el derecho a restablecerlo (STS de 19 de julio de 2022.) En este caso, debe tenerse en cuenta que la concesión tiene un plazo de duración de 50 años, hasta el año 2053. Y que aquí se reclama por un periodo de año y medio del total de 50 años de vida de la concesión. En segundo lugar, porque la recurrente basa su reclamación en un informe pericial que carece de eficacia probatoria. Y ello por las siguientes consideraciones. En primer lugar, porque el informe pericial basa sus conclusiones en la mera comparación del ejercicio 2019 con los años 2020, 2021 y 2022. Por tanto, no tiene en cuenta todo el periodo de duración de la concesión, olvidando que el desequilibrio económico no puede valorarse teniendo en cuenta solamente un periodo de dos años, comparados con otro año, sino por todo el tiempo de duración de la concesión. Baste remitirse a la STS de 15 de marzo de 2024, Rec. 98/2022, antes citada. En segundo lugar, porque el informe pericial tampoco ha tenido en cuenta el propio Plan Económico Financiero presentado por la recurrente durante el procedimiento de adjudicación de la concesión. Como dice la sentencia 408/2016 del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 28 de diciembre de 2016 (rec. 26/2013) “(...) Para apreciar la ruptura del equilibrio concesional resulta imprescindible el análisis comparativo entre el plan económico financiero del concesionario incluido en su proposición, con el conjunto de circunstancias concurrentes en la explotación del servicio, ya sean favorables o desfavorables al concesionario.” Y si bien ello ya sería



suficiente para descartar las conclusiones recogidas en su informe pericial debe añadirse, tal y como el propio perito explicó en el acto de la vista, que con el informe pericial simplemente se trataba de dar una justificación a la reclamación presentada. Y es que el perito declaró que tomó como punto de partida de su análisis el ejercicio 2019 porque ese fue el ejercicio económico en el que se basó la recurrente a la hora de presentar su reclamación, y que, si bien tal circunstancia le parecía razonable, realmente el objeto del dictamen no ha sido analizar esa ruptura del equilibrio del contrato sino dar soporte documental a la reclamación que la recurrente había presentado en vía administrativa. Y abunda lo anterior el hecho de que, curiosamente, consta que dicho ejercicio 2019 coincide con la entrada de un nuevo accionista en la empresa que, parece ser, según se dijo en el acto de la vista, llegó a realizar una inversión cercana al millón de euros, con ampliación, incluso de las instalaciones deportivas. A partir de aquí, surge la duda de si esa inversión provocó que el año 2019 fuera un ejercicio extraordinario, en lo que a ingresos se refiere, lo que, evidentemente, ha podido aprovechar la recurrente a la hora de justificar su reclamación. Y es que la mera comparación con dicho ejercicio respecto de lo ocurrido en los años 2020 a 2022 arrojaría necesariamente el resultado pretendido, y que es objeto de la reclamación. Finalmente, el informe pericial tampoco analiza la repercusión de la medida de reequilibrio que ya le fue reconocida a la recurrente, consistente en la ampliación del plazo de la concesión, y en qué medida esa mayor duración de la concesión puede compensar a la concesionaria por la pérdida de ingresos. En definitiva, el informe no analiza la influencia que las causas de pandemia y medidas legislativas ha podido tener en el global de la concesión que, debe recordarse, se ha otorgado por un periodo de 50 años; tampoco analiza cuáles fueron las condiciones económicas de la concesión que se tuvieron en cuenta en el momento de la adjudicación, y que son las que deben tenerse en cuenta para analizar ese supuesto desequilibrio, ni la ampliación del plazo concedida por el Ayuntamiento y en qué medida compensaría ya esa situación, y solo tiene en cuenta, de todos los ejercicios transcurridos, más de 15, un solo ejercicio –el de 2019– que resultó ser muy beneficioso económicamente para la recurrente y cuyos beneficios pretende trasladar a los años 2020, 2021 y 2021, lo que, de accederse a su pretensión, supondría una indemnización que la dejaría en idéntica situación económica a la existente en el año 2019. Y si bien es evidente que la situación provocada por la pandemia ha dificultado la concesión, lo cierto es que no la ha hecho imposible, amén de que esa disminución de usuarios, que puede deberse a las medidas restrictivas, también se ha debido a la propia



voluntad de los ciudadanos, sin que, en ningún caso, sea imputable al Ayuntamiento, de tal suerte que esa disminución, en el fondo, debe correr a riesgo y ventura del concesionario>>.

SEGUNDO.- La mercantil apelante [REDACTED] solicita la revocación de la sentencia recurrida y *“se declare el derecho al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión del Centro Deportivo “Go Fit” Físico-Majadahonda, en el período comprendido entre el 1 de julio de 2020 y el 28 de febrero de 2022, por un importe total de 1.288.630 €, conforme al importe cuantificado en los informe periciales aportados en el procedimiento, con reconocimiento del derecho de la parte actora a verse compensada en dicha cuantía a través de alguno de los medios de compensación previstos legalmente al efecto”*, planteando los motivos de impugnación que se sintetizan en los siguientes argumentos sustanciales: **(i)** nos encontramos, de modo indiscutible, ante el denominado riesgo imprevisible, en cuanto la pandemia del “Covid-19” y las medidas adoptadas por la Administración para combatirla, una vez finalizado el primer Estado de Alarma, y en el período del 01/07/2.020 al 28/02/2.022, han constituido unos hechos sobrevenidos e imprevisibles, ajenos absolutamente al normal “alea” del contrato, que excepcionan la aplicación en ese período del principio de riesgo y ventura y exigen el restablecimiento y mantenimiento del equilibrio económico del contrato de concesión, que se ha visto gravemente alterado con el resultado de un descenso relevante del número de contratos y usuarios del centro deportivo en dicho período por tal causa (en 2.019 la media de contratos del centro fue de 5.649, siendo el mes de Noviembre de 2.029, con 5.836, el de mayor número de contratos; en el mismo mes de Noviembre, pero de 2.020 se suscribieron 3.518 contratos; la media de contratos de todo el año 2.021 fue de 3.808; en Febrero de 2.022, último mes incluido en el Período de Restricción, el número de contratos fue de 4.172), así como de un decremento en el resultado de explotación o “EBIT” de la concesión, comparando el “EBIT” real obtenido en el año 2.019 (año normal y ordinario inmediatamente anterior al de inicio de la pandemia de “Covid-19” en Marzo de 2.020), con el “EBIT” realmente obtenido en el referido Período de Restricción, de 1.267.551 €, y la suma a dicho importe de los 21.080 € de inversiones “Covid”, arrojan el resultado final de la cantidad de 1.288.630 € reclamada; **(ii)** para que se produzca y opere el reequilibrio económico de la concesión, cuando concurre una circunstancia sobrevenida, imprevisible y ajena a las partes contratantes, como la pandemia de “Covid-19”, que ha producido un acreditado desequilibrio relevante y significativo del contrato, no es exigible valorar y



atender al resultado global o conjunto de la prestación durante toda la vida de la concesión, y en el presente caso se solicita el reequilibrio económico de la concesión, no por un resultado desfavorable del Centro Deportivo un mes o dos, sino durante un período suficientemente largo de 18 meses, en los que tuvo evidente y plena incidencia una pandemia como el Covid-19 desconocida hasta ese momento por la comunidad científica y por el conjunto de la humanidad, con unos efectos altamente perniciosos y devastadores para la economía; **(iii)** no consideramos ajustada a Derecho la afirmación de la sentencia apelada de que el Informe-Dictamen Pericial que se adjuntó a la demanda, carezca de eficacia probatoria, por haber tenido en cuenta, para determinar y cuantificar el desequilibrio económico del contrato en el Período de Restricción, como término de comparación y contraste el año y ejercicio de 2.019, cuando dicho año fue el inmediatamente anterior y ordinario a la pandemia de “Covid-19”, y el acudir al mismo permite comparar parámetros y realidades idénticos en ambos términos y períodos de comparación (2.019 y período del 1 de Julio de 2.020 al 28 de Febrero de 2.022), delimitando así de forma válida y efectiva la incidencia de dicha pandemia en el “EBIT” o resultado de explotación de la concesión; **(iv)** la sentencia apelada también atribuye falta de eficacia probatoria al Informe-Dictamen Pericial aportado porque no analiza la medida de ampliación en 117 días del plazo de la concesión ya reconocida a la concesionaria, por el cierre de las instalaciones deportivas durante el primer Estado de Alarma, ni en qué forma esa mayor duración del contrato puede compensar a la empresa por la pérdida de ingresos en el período ahora reclamado, y sin embargo tal plazo de ampliación en 117 días del contrato se refiere y viene a paliar los menores ingresos y los mayores gastos tenidos por la concesión durante un período temporal, del 13 de Marzo al 11 de Junio de 2.020, en que el Centro Deportivo estuvo cerrado, y por el contrario, nuestra actual reclamación se refiere a otro momento temporal totalmente distinto, del 1 de Julio de 2.020 al 28 de Febrero de 2.022, una vez finalizado ya el primer Estado de Alarma, cuando las instalaciones estaban ya abiertas, pero con importantes restricciones, y la normativa de aplicación a uno y otro período son totalmente diferentes; **(v)** respecto de la inversión de 21.080 €, realizada por la concesionaria para garantizar la seguridad e higiene de empleados y usuarios del Centro Deportivo, y para transmitir una seguridad que permitiera recuperar los clientes, tras finalizar en Junio de 2.020 el primer Estado de Alarma, y cuando las instalaciones deportivas estaban ya abiertas, el propio Ayuntamiento de Majadahonda ha admitido y aceptado la asunción por su parte de tales gastos de inversión de 21.080 €, figurando en el expediente administrativo una denominada “Propuesta de



Resolución” del Jefe del Servicio de Deportes, fechada el 15 de Septiembre de 2.023, en la que se contiene tal asunción de gastos de 21.080 €, y el escrito de contestación a la demanda el Ayuntamiento de Majadahonda vuelve a admitir, con carácter subsidiario, el abono a la recurrente de los indicados 21.080 €, por lo que, en definitiva, dada la propia posición y planteamiento al respecto del Ayuntamiento de Majadahonda, la sentencia aquí apelada debería haber estimado, al menos y en todo caso, la pretensión de reequilibrio económico al menos en lo que se refiere a tal cuantía de 21.080 €, por inversiones “Covid-19”.

TERCERO.- Por el Ayuntamiento de Majadahonda se insta “*dictar la correspondiente resolución desestimando las pretensiones del recurrente*”, alegando en síntesis: **(i)** se comparten plenamente las conclusiones fácticas y las consideraciones jurídicas que se exponen en la Sentencia apelada, que sustentan la desestimación del recurso contencioso-administrativo; **(ii)** la forma en la que la recurrente plantea que se llevara a cabo el restablecimiento económico del contrato se aparta de las previstas en el Real Decreto-Ley 8/2.020 y, por lo tanto, su aceptación sí supondría una contravención flagrante del mismo, lo que no ocurre, por el contrario, con la decisión adoptada por el Ayuntamiento, refrendada por la Magistrada “a quo”, de optar por la ampliación del plazo del contrato para restablecer el equilibrio económico del y compensar con ello los perjuicios padecidos por la concesionaria; **(iii)** hay que destacar las ciertas particularidades del contrato objeto de la litis a fin de demostrar que el restablecimiento económico referido al periodo comprendido entre el 1 de Julio de 2.020 y el 28 de Febrero de 2.022 no encuentra base en la doctrina jurisprudencial del “riesgo imprevisible”, tal como reiteradamente expone la apelante, sino en el principio de “riesgo operacional” asumido por el concesionario, y la momentánea pérdida de ingresos durante un periodo breve de tiempo no altera sustancialmente la economía de la concesión que extiende la relación contractual por muchos años; **(iv)** el fundamento de reequilibrio económico no asegura las ganancias del concesionario en cualquier caso y durante todo el devenir de la concesión, porque para que se derogue el principio de riesgo y ventura del contratista y se genere su derecho a ser indemnizado por la Administración es necesario que el concesionario acredite que ha existido un evento extraordinario e imprevisible posterior a la licitación y que este evento ha roto el equilibrio económico financiero de la concesión poniendo en peligro la continuidad del servicio, y el Ayuntamiento de Majadahonda compensó a la concesionaria por la pérdida de ingresos y el incremento de costes soportados durante el periodo de suspensión de “toda actividad en las



instalaciones deportivas” que se acordó por Acuerdo del Pleno de la Corporación de 30 de Septiembre de 2.021 con la ”...ampliación del plazo del contrato en 117 días, equivalente al 0,64 del porcentaje del tiempo de la concesión...como compensación por la suspensión total del contrato por imposibilidad de ejecución acordada por Orden 348/2020 de 11 de marzo de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se adoptan medidas preventivas de la salud pública como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (Covid-19) que suspendió toda actividad en las instalaciones deportivas...”; (v) el informe pericial de la contraparte no acredita la ruptura sustancial de la economía de la concesión, siendo solo un estudio comparativo de los ejercicios económicos 2.020, 2.021 y 2.022 con referencia al 2.019, y demuestra solo el desequilibrio económico padecido por la concesión durante el periodo del estado de alarma declarado por la crisis sanitaria “Covid-19” y que ya se compensó en los términos previstos por el artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2.020, porque el Ayuntamiento acordó la ampliación del plazo del contrato en 117 días para restablecer el equilibrio económico alterado como consecuencia del cierre de las instalaciones durante 100 días por las medidas adoptadas por el ejecutivo para combatir la “Covid-19”; (vi) en cualquier caso, es de destacar que el Ayuntamiento se ha limitado a aplicar una de las posibilidades contempladas en la normativa que resultaba de aplicación – RD-ley 8/2.020- y eso es lo que ha confirmado la Sentencia de instancia; si la recurrente no estaba de acuerdo con la forma en la que se reguló la cuestión debería tratar de exigirle responsabilidades a quien fue responsable de dicha regulación, el Gobierno de la Nación que dictó el Real Decreto-ley 8/2.020 o el Estado legislador que con posterioridad confirmó dicho Real Decreto-ley, pero no al Ayuntamiento, que aplicó con pulcritud los mecanismos puestos a su alcance.

CUARTO.- Esta Sección ya se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2.020, de 17 de Marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del “Covid-19”, con relación a supuestos semejantes al presente, siendo exponente, entre otras, la Sentencia de 22 de Febrero de 2.023 dictada en recurso de apelación nº 658/22, a la que remiten las Sentencias de 13 y 20 de Diciembre de 2.023 (apelaciones núms. 328/23 y 548/23) y 10 y 17 de Enero de 2.024 (apelaciones núms. 588/23 y 724/23), por lo que motivos de unidad de criterio y coherencia jurídica imponen la aplicación de los criterios allí establecidos.



Según los mismos, la cuestión fundamental a los efectos del derecho de la mercantil concesionaria al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de referencia y consiguiente aplicación de las correspondientes medidas de aplicación, se centra en determinar si el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020 solo contempla la imposibilidad total de ejecución de la concesión o cabe también una imposibilidad parcial de la misma, y solo en caso de entender incluido este segundo supuesto, procedería decidir sobre la duración o vigencia de aquellas medidas.

Y con relación a tal problemática, esta Sala comparte los criterios de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, sede de Valladolid, que se recogen en su Sentencia de 7 de Diciembre de 2022 (recurso nº 25/21), de la que se transcriben sus Fundamentos Jurídicos Cuarto y Quinto:

<<CUARTO.- El primer argumento que emplea la parte actora descansa en la aplicación del artículo 34.4 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, argumentando que dicho artículo le permite solicitar al restablecimiento del equilibrio del contrato.

Conviene recordar que durante la vigencia del Estado de Alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y hasta el 21 de julio de 2020 (siguiendo la regla de vigencia de las medidas prevista en la DA 10ª del RDL 8/2020 -hasta un mes después de la finalización del Estado de Alarma-) estuvo vigente el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, cuyo art. 34, titulado "Medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias del Covid-19", en su apartado 4 dispone:

"En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este 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, 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".

Frente al criterio de la Administración que entiende que no existe "imposibilidad" de ejecutar el contrato si la autopista o autovía mantienen las condiciones que les permiten seguir abiertas al tráfico de vehículos y éste sigue estando legalmente permitido, la recurrente mantiene que el término "imposibilidad de ejecución" debe ser interpretado en el sentido de imposibilidad material de ejecutar la concesión en los términos en los que fue adjudicada por la reducción de ingresos derivada de la drástica disminución del tráfico en la autovía.

Por tanto, la primera de las cuestiones a analizar es si este precepto es aplicable a aquellos supuestos en los que el servicio continúa ejecutándose, aunque con una actividad muy inferior a la habitual, o solo lo es cuando el contrato se paraliza al no poder ser ejecutado en modo alguno (cierre de un comedor escolar, cierre de un centro deportivo etc....).

Esta cuestión ha sido recientemente abordada por esta Sala y Sección en la Sentencia nº 1368 de 2 de diciembre de 2022, procedimiento ordinario 1413/2020, que resuelve un supuesto muy semejante al que ahora nos ocupa.

Dicha sentencia se basa a su vez en la anterior de fecha 22 de noviembre de 2022, dictada en el recurso de apelación 470/2022, que aunque se refería a un contrato de concesión de explotación de un aparcamiento subterráneo, su doctrina es enteramente aplicable al caso de autos al tratarse también de una concesión que aunque vio reducida su actividad notablemente durante la vigencia del estado de alarma, no se cesó en la prestación de la misma.



La Sentencia de 2 de diciembre citada, en su Fundamento de Derecho Cuarto dice: Decimos en dicha sentencia y reiteramos ahora que para la adecuada resolución de la controversia aquí planteada debemos fijarnos en la naturaleza y finalidad 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.

Así, hay que recordar que citado Real Decreto-ley 8/2020 es una disposición normativa con rango de ley, que se dicta como consecuencia de la situación creada por el Covid-19 y que por ello mismo tiene una duración limitada en el tiempo (Ver la Disposición Final Décima).

El artículo 34 de dicho Real Decreto-ley se aplica a determinados contratos que se indican en el propio precepto, en el contexto del Covid-19.

Por todo ello puede considerarse como norma especial frente a la normativa general de contratos, siendo, en consecuencia, una norma de aplicación preferente, que desplaza la aplicación de la normativa general en lo que la norma especial regula, que en lo que ahora interesa es el restablecimiento del equilibrio de las concesiones.

Puede citarse a este respecto la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2021, Fundamento de Derecho Sexto, recurso 125/2020.

La finalidad del precepto es evitar la resolución de los contratos administrativos a los que es de aplicación por imposibilidad de su ejecución, y para ello ofrece determinadas soluciones, como puede ser la suspensión del contrato, ampliaciones de plazos con indemnización por determinados conceptos o la modificación de las cláusulas de contenido económico.

El fundamento último de esta regulación especial es la necesidad de satisfacer el interés público propio de la contratación administrativa.

CUARTO.- La actual redacción del artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, que procede 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 es la siguiente:

"4. En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este 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, 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".

Este artículo establece un específico sistema de restablecimiento del equilibrio económico del contrato que se va a aplicar cuando la Administración haya apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación excepcional creada por el Covid-19, y va a consistir en una de las siguientes dos posibilidades, a saber, bien otorgar una ampliación de su duración inicial -hasta un máximo de un 15 por 100-, bien modificar las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Es decir, el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, admite que la situación creada por el Covid-19 sea tratada como un supuesto que permite restablecer el equilibrio económico del contrato, siempre y cuando se dé el presupuesto de hecho que se contempla (imposibilidad de ejecución del contrato) y, de producirse ese supuesto, el restablecimiento no se lleva a cabo de cualquier forma, sino solo a través de alguna de las dos opciones legalmente previstas.

Todo ello resulta coherente con la naturaleza y finalidad del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo a lo que antes nos hemos referido.

QUINTO.- Expuestas estas consideraciones generales, hemos de analizar el recurso de apelación.

La primera cuestión que plantea hace referencia a qué debe entenderse por "imposibilidad de ejecución del contrato", ya que mientras la parte actora entiende que esa



imposibilidad equivale a que el contrato no se pueda ejecutar en las condiciones pactadas (lo que ha sido estimado por el Juzgador de instancia), la Administración demandada, siguiendo el informe de la Abogacía General del Estado de fecha 1 de abril de 2020, entiende que esa imposibilidad de ejecución ha de ser total.

Conviene precisar que cuando la parte actora hace referencia a que el contrato no puede ejecutarse en las condiciones pactadas realmente a lo que se refiere es a que durante un determinado periodo de tiempo (desde el 14 de marzo de 2020 hasta el 21 de junio de 2020, y particularmente desde el 30 de marzo al 9 de abril de 2020) no ha obtenido beneficios.

Esta precisión es importante para acotar el supuesto de hecho, limitado a determinar si la entidad actora tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, con arreglo al artículo 34.4 citado, por haber tenido pérdidas durante ese concreto período de tiempo como consecuencia de las medidas adoptadas para hacer frente a la pandemia

El precepto en cuestión debe interpretarse con arreglo a la normativa general de contratos, que claramente diferencia entre los supuestos en los que el contrato sea de imposible cumplimiento de aquellos otros en los que, aun siendo posible cumplir la prestación, el contratista tiene pérdidas o no obtiene los beneficios esperados.

Y estos últimos supuestos no siempre van a dar lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, ya que ello procederá solo en los casos en que la norma así lo prevea.

Resulta a estos efectos de interés recoger la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2015, recurso 54/2013, que con cita de la anterior Sentencia de 28 de enero de 2015, recurso 449/2012, a propósito de la disminución de tráfico en autopistas de peaje como circunstancia sobrevenida que justificaría el reequilibrio de las prestaciones, hace las siguientes consideración en el Fundamento de Derecho Sexto: La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código Civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TRLCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TRLCSP de 14 de noviembre de 2011.



La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TRLCAP de 2000, y 215, 231 y 242 del TRLCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TRLCAP de 2000, que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del "ius variandi"; el artículo 248.2 de ese mismo TRLCAP, introducido por la Ley 13/2003 de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de "ius variandi", fuerza mayor, "factum principis" y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TRLCSP de 2011, que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración.

Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá



cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.

SEXTO.- Como hemos indicado, el Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo es una norma especial cuya aplicación desplaza a la normativa general, por lo que hay que estar al artículo 34.4, que únicamente habla de imposibilidad de ejecución del contrato, y ésta es, a nuestro juicio, una situación fáctica que no admite grados y, en consecuencia, se da o no se da.

En el caso que nos ocupa, el parking permaneció abierto durante el periodo de tiempo a que se refiere la demanda, tanto para rotación, como para abonados y para el resto de servicios por los que percibía ingresos (antenas, publicidad y vending), por lo que hay que concluir que el supuesto de hecho que contempla la norma y del que se hace depender el específico régimen de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, no concurre.

Sostiene la parte actora -y ahora apelada- que aun cuando el parking ha estado abierto, hubo importantes pérdidas, según resulta del informe pericial por ella aportado.

Pero, conforme a la jurisprudencia citada, en la contratación administrativa rige el principio de riesgo y ventura, de modo que no toda situación de pérdidas da lugar al reequilibrio económico del contrato, sino que, por el contrario, éste solo procede en supuestos concretos.

El artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo no prevé que se pueda acudir a ese específico régimen de reequilibrio del contrato cuando hay pérdidas, no siendo posible que una norma especial y temporal se aplique a supuestos distintos de los allí previstos (artículo 4.2 del Código Civil).

Por otro lado, con arreglo al artículo 34 del Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, la situación creada por la pandemia durante el periodo de su aplicación no constituye un supuesto de fuerza mayor, ni una circunstancia imprevisible que dé lugar a la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Y, menos aún, puede constituir un supuesto del denominado "factum principis", que se produce cuando es la Administración contratante -y no otra- la que con sus decisiones altera el equilibrio económico del contrato, tal y como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019, recurso 2390/2016.



Por lo tanto, y con ello damos respuesta a la segunda cuestión planteada en el recurso, tampoco procedería el reequilibrio del contrato con arreglo a las disposiciones generales de la legislación de contratos, en particular, por la cláusula "rebus sic stantibus", sobre la base de constituir la pandemia un riesgo imprevisible.

Finalmente, hay que decir que las pérdidas relevantes, esto es, las que pueden afectar al equilibrio económico del contrato, no pueden ser las producidas durante un periodo de tiempo, como es la duración del estado de alarma, que debe considerarse como "corto"-si se permite la expresión- en relación con toda la vida del contrato (que en el caso que nos ocupa es muy largo).

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato procede cuando se produce una ruptura sustancial de la economía del contrato, lo que, por otro lado, no se ha probado, ya que el informe pericial aportado por la parte actora, en el que se basa la sentencia recurrida, únicamente atiende a las pérdidas generadas durante un determinado y concreto periodo de tiempo, sin atender en absoluto a toda su duración.

SÉPTIMO.- La sentencia recurrida, acogiendo la tesis de la parte actora, entiende que tras la modificación del artículo 34.4 por la Disposición Final Novena, apartado 2, 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-19 hay que entender que también procede la ampliación del plazo o la modificación de las cláusulas de contenido económico.

Dicha modificación es la que introduce la expresión "únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad".

A nuestro juicio, la expresión "parte del contrato" no hace referencia al supuesto en el que el contratista tiene pérdidas, sino que se refiere a aquellos contratos que obligan a la realización de varias prestaciones, afectando la imposibilidad (en el sentido expuesto) a una de ellas.

De hecho, cuando se ha querido incluir el supuesto de pérdidas así se ha hecho, tal y como sucede con el Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del Covid-19 en los ámbitos de transportes y vivienda.

El artículo 25.3 de esta norma dice:



"A los efectos del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 de 17 de marzo, no se apreciará imposibilidad de ejecución del contrato, total o parcial, cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido positivo.

Cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido negativo, se compensará al concesionario la menor de las siguientes cantidades:

- a) El importe necesario para que el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma llegue a cero. b) La diferencia entre el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma y dicho margen durante el mismo periodo del año anterior.*

A estos efectos, se entiende por margen bruto de explotación la diferencia entre ingresos generados y gastos ocasionados, sin incluir amortizaciones ni provisiones, debidamente acreditados, por las actividades de explotación de la concesión. No se considerarán los ingresos y los gastos de inversión o financiación, las moratorias o condonaciones pactadas por el concesionario, ni los salarios de los trabajadores incluidos en Expedientes de Regulación Temporal de Empleo".

Consiguientemente, este artículo 25 que invoca la parte apelada, no contradice los argumentos que hemos expuesto y, en todo caso, es de aplicación para un sector concreto, como es del transporte, con unas características especiales, como resulta del preámbulo de dicha norma, y se aplica a "los contratos de gestión de servicios públicos de transporte regular de viajeros por carretera de uso general de titularidad de la Administración General del Estado" (artículo 24).

Así pues en la misma línea de lo resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en la Sentencia de 30 de septiembre de 2021, recurso 725/2021, consideramos que el supuesto que aquí analizamos no entra dentro de las previsiones del artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, ni las pérdidas sufridas durante el periodo de tiempo a que se refiere la demanda constituyen un supuesto que permita el restablecimiento del equilibrio económico del contrato con arreglo a la normativa general.

Por tanto, el art. 34 del RDL 8/2020 contiene un conjunto de disposiciones relativas a los contratos del sector público que tienen por finalidad (al igual que el resto de las medidas aprobadas por este RDL) hacer frente a la crisis del Covid-19, regulando de modo general los efectos que legalmente se producen para los contratos del sector público como consecuencia del Covid-19; es una norma de rango legal que establece un régimen



especial con efectos temporales limitados y que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada del Covid-19), por lo que su contenido ha de considerarse de aplicación preferente mientras duró el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

En consecuencia, los derechos reconocidos en las leyes a las empresas contratistas por el Covid-19 son los previstos en el artículo 34 del RDL 8/2020, que es norma especial y se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos.

Durante el periodo reclamado, los ingresos de la concesionaria se vieron drásticamente disminuidos pero esta reducción no es el supuesto de hecho previsto en el art. 34.4, tantas veces citado, para que se proceda al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, restablecimiento que únicamente se va a aplicar cuando la Administración haya apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación excepcional creada por el Covid-19, y que va a consistir en una de las siguientes dos posibilidades: otorgar una ampliación de su duración inicial -hasta un máximo de un 15 por 100- o modificar las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. La pérdida de ingresos, por la disminución de vehículos circulando por la autovía, que determina una minoración de la retribución, no puede equipararse a la imposibilidad de ejecución del contrato, que determina el restablecimiento del equilibrio económico, que, por otra parte, reiteramos, no consiste en una indemnización por la suma completa de los ingresos dejados de percibir según los cálculos efectuados en el informe pericial presentado por la demandante, sino que pueden consistir, bien en una ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15%, o bien mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

El recurrente lo que pretende es desplazar la totalidad de las consecuencias económicas de la crisis sanitaria a la Administración, percibiendo sus ingresos como si no se hubiera tenido lugar, lo que sin duda sí generaría una situación discriminatoria respecto de los demás operadores económicos y está lejos de la finalidad pretendida por la norma.

QUINTO.- Sobre la aplicación de la doctrina del factum principis y del riesgo imprevisible.

Sostiene la demanda que se cumplen todos los requisitos para que, de conformidad con el artículo 248.2.b) del TRLCAP (aplicable por razones temporales a la concesión litigiosa), la cláusula 30.2.b) del PCAP, así como la doctrina del factum principis, se



compense a la recurrente el drástico descenso de ingresos sufrido. O, subsidiariamente a lo anterior se aplique la doctrina del riesgo imprevisible.

A esta cuestión, como hemos visto, también se da respuesta en la sentencia de esta Sala transcrita anteriormente en sentido contrario a lo postulado en la demanda.

El artículo 248 citado por la recurrente y titulado "Mantenimiento del equilibrio económico del contrato" prevé que la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos... b) Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 144 de esta Ley.

Como ya dijimos en la anterior sentencia, la reducción de vehículos e ingresos no es un supuesto equiparable a 'fuerza mayor', a 'circunstancia imprevisible' o a 'factum principis' ('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') a los efectos de, respectivamente, amparar un reequilibrio del contrato con base las normas generales aplicables al contrato de concesión ya que: (1) durante el estado de alarma es de aplicación preferente el artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del Covid-19 y 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 que es norma especial y se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos y, por tanto, durante la vigencia del estado de alarma la legislación ordinaria de contratos públicos será aplicable solo para resolver una incidencia contractual relacionada con el Covid-19 cuando no se oponga al RDL 8/2020 y a los principios que lo inspiran, y ello es así porque 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 su contenido ha de considerarse de aplicación preferente; (2) 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 (3), menos aún, puede



constituir un supuesto del denominado "factum principis", que se produce cuando es la Administración contratante -y no otra- la que con sus decisiones altera el equilibrio económico del contrato.

Respecto de este último consideramos conveniente traer a colación la STS de 29 de mayo de 2007, Rec. 8202/2004, que en relación con la aplicación del principio factum principis señala que se asocia "(...) a aquellos supuestos en que la adopción por la Administración de medidas de carácter económico o social, acordadas al margen del contrato, (que) tienen una repercusión negativa en su ejecución por hacerlo más oneroso para una de las partes, causando perjuicios concretos para el contratista o el concesionario, (y) determina el reconocimiento judicial de la obligación de la Administración, con base a razones de equidad, con independencia de la aplicación del procedimiento contractual de revisión de precios o tarifas, de mantener indemne el equilibrio de las prestaciones económicas, compensando o indemnizando por los daños y perjuicios ocasionados...". Y la STS de 19-12-2019, Sentencia 1875/2019, Recurso 2390/2016, Ponente Rafael Fernández Valverde, dictada en un recurso de casación respecto a la Autovía del Pirineo A-21, en la que destaca que "solo y exclusivamente, la Administración que adjudica la concesión de la obra es la que puede variar -y no otra- el contenido del contrato afectando al equilibrio económico financiero del mismo. Es evidente que solo las actuaciones de la Administración contratante -y no las de otra- son las que pueden determinar la ruptura sustancial de la economía de la concesión. De forma muy explícita se expresa el precepto considerado como infringido que, en su apartado 1, efectivamente, impone la obligación del mantenimiento de su equilibrio económico, más tal mantenimiento o equilibrio ha de llevarse a cabo "en los términos que fueron considerados para su adjudicación", esto es, en los términos que fueron considerados para su adjudicación por la Administración que llevó a cabo la adjudicación y contratación -y no por otra-, pues, claro es, la intervención, actuación o no actuación de un tercero -aunque sea otra Administración- no puede incidir en el vínculo jurídico, bilateral y sinalagmático, que la concesión y el contrato implican".

Finalmente, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, aun basado en el riesgo imprevisible, exigiría que se acreditara que se ha afectado a la economía de la concesión (ruptura sustancial de la economía de la concesión); ruptura que no parece acreditada pues el informe pericial se centra en los concretos periodos aludidos y la disminución de ingresos, pero no se ha analizado la influencia en el global de la concesión que es de prolongada duración>>.



Es de reseñar que la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de Julio de 2.022 (recurso contencioso-administrativo nº 55/21) ha declarado que *“el término “imposibilidad de ejecución del contrato”, a que alude el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2.020 y que constituye el presupuesto para que las concesionarias sean compensadas por la pérdida de ingresos derivada del Covid-19, se identifica con los supuestos en que el margen bruto de explotación sea negativo, entendiendo que esta delimitación conceptual referida al margen bruto de explotación como requisito esencial para el reconocimiento del derecho al reequilibrio económico, introducida en el artículo 25 del Real Decreto-Ley 26/2.020, no se revela contraria a los principios que rigen la contratación pública, y particularmente las concesiones de autopistas, de inmutabilidad, que comporta que el contrato de concesión debe cumplirse de acuerdo con sus cláusulas, de riesgo y ventura, que determina que la frustración de las expectativas económicas asumidas por el concesionario no le autoriza para librarse de sus obligaciones, y de equivalencia, que supone que el contrato de concesión debe mantener el equilibrio económico en los términos en que fue considerado en el momento de su adjudicación, que, sin embargo, no autoriza a mantener el criterio de que cualquier alteración que se produzca en la ejecución de las prestaciones da derecho a restablecerlo, tal como se desprende de la doctrina del Consejo de Estado y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo”*.

De los criterios expuestos se desprenden las siguientes consideraciones relevantes. En primer término que el artículo 34.4 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”, resulta aplicable a contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios, siendo de esta última naturaleza el contrato del presente caso (“Contrato de concesión para la construcción y gestión del Centro Deportivo El Carralero en Majadahonda”), y no la aplicación analógica de la regulación contenida en el artículo 25.3 del Real Decreto Ley 26/2.020, de 7 de Julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del “Covid-19” en los ámbitos de transportes y vivienda, cuando según el propio precepto en su apartado 1 *“Este artículo regirá para los contratos de concesión comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 34 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, siempre que hayan sido adjudicados por el Estado y que se trate de: a) Concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje. b) Concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación. c) Concesiones de áreas de servicio de la Red de Carreteras del Estado”, ninguno de cuyos presupuestos concurren en el contrato a que remite el actual enjuiciamiento, y sin que sea posible que una norma especial y temporal se aplique a supuestos distintos de los allí previstos (artículo 4.2 del Código Civil).

Sin embargo, el artículo 34 del Real Decreto Ley 8/2.020 solo deviene operativo en el supuesto de imposibilidad total de ejecución y la correspondiente compensación únicamente podría materializarse mediante uno de los mecanismos previstos expresamente, *“según proceda en cada caso: la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100, o la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”,* y lo que no cabe es restablecer el equilibrio económico del contrato a través de la vía de una indemnización por ingresos dejados de percibir, que es lo demandado por la mercantil hoy apelante.

En sentido análogo se ha pronunciado esta Sección en reciente Sentencia de 10 de Abril pasado en recurso de apelación nº 237/2.024 respecto de reequilibrio económico de contrato de concesión de centro deportivo municipal con causa en el “Covid-19”.

En definitiva, resulta inaplicable al caso enjuiciado lo dispuesto en el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2.020, de 17 de Marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del “Covid-19”, por cuanto que el contrato concesional de referencia no resultó afectado por una imposibilidad total de ejecución –no se acredita lo contrario- ni tampoco consta probado que el margen bruto de explotación fuera negativo a los efectos del reconocimiento a la mercantil concesionaria del derecho al equilibrio económico mediante compensación por la pérdida de ingresos derivada del “Covid-19”.

Lo hasta ahora expuesto determina que deba desestimarse el presente recurso de apelación y consiguientemente el recurso contencioso a que remite la sentencia apelada con



relación a la pretensión actora de la suma 1.267.551 € por ingresos de explotación dejados de percibir.

QUINTO.- Se solicita subsidiariamente la estimación de la pretensión demandada respecto de gastos de inversión de 21.080 € realizados por la concesionaria con las finalidades expuestas en el recurso de apelación, alegándose su aceptación por el propio Ayuntamiento de Majadahonda según “Propuesta de Resolución” obrante en el expediente administrativo y la admisión subsidiaria en su escrito de contestación a la demanda.

Si bien no consta ni se acredita que esa “Propuesta de Resolución” hubiera sido elevada a definitiva por el órgano municipal competente, lo cierto es que, efectivamente, en el escrito de contestación a la demanda, pese a que en el suplico se solicita la desestimación del recurso contencioso, por el Ayuntamiento demandado se manifiesta que *“subsidiariamente, sólo cabría estimar la demanda por el importe de la inversión realizada para cumplir con las medidas higiénicas establecidas por el legislador y que el demandante ha cuantificado en 21.080 €”*, sin que en la sentencia apelada nada se diga expresamente al respecto incurriendo en incongruencia omisiva, como tampoco el Ayuntamiento en su escrito de oposición al recurso de apelación, por lo que debe estimarse parcialmente el mismo en orden al pago de la referida cantidad.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional 29/1.998, procede la imposición de las costas procesales de esta segunda instancia a la parte apelante por la desestimación de su pretensión principal atendiendo a su cuantía en relación con la de la pretensión subsidiaria que se estima, si bien como permite el apartado cuarto del mismo precepto (disposición final tercera.5 de la Ley Orgánica 7/2.015, de 21 de Julio, sobre modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial), se limita su cuantía a la suma de 2.000 € (más I.V.A.).

VISTOS los preceptos legales citados, y los demás de concordante y general aplicación.

FALLAMOS



Que ESTIMAMOS EN PARTE EL RECURSO DE APELACIÓN de [REDACTED]

[REDACTED] y confirmamos la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 34 de Madrid identificada en el encabezamiento de la presente excepto en lo relativo a la desestimación de la pretensión actora respecto de gastos de inversión de 21.080 €, que se revoca, condenando al Ayuntamiento de Majadahonda a su pago a la mercantil recurrente, con expresa imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte apelante en los términos establecidos en el último fundamento jurídico de la misma.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá presentarse ante esta Sala en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de su notificación, acreditándose en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con justificación del interés casacional objetivo que presente; previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente [REDACTED], especificando en el campo "concepto" del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general [REDACTED] y se consignará el número de cuenta expediente [REDACTED] en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia estimatoria en parte en rec. de apelación firmado electrónicamente por [REDACTED]

[REDACTED]