

ASUNTO: "PRÓRROGA DE DOS CONTRATOS SOBRE BIENES MUNICIPALES, DE CONFORMIDAD CON EL ARTICULO 34.4 DEL REAL DECRETO LEY 8/2020".

667/20

E y F

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de XXXXX, se emite el presente,

INFORME

1. ANTECEDENTES.

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha 8 de mayo de 2019 (NR ORVE REGAGE20s00001700282), el Ayuntamiento de XXXX presenta formulario de solicitud de informe jurídico y consulta en relación con el siguiente asunto:
"Procedencia de aplicar el artículo 34.4 del Real Decreto ley 8/2020 a dos contratos de concesión y administrativo especial de bar cafetería con el objeto de prorrogar su duración. Y en su caso, duración de esa prórroga."
- A la solicitud se acompaña de los siguientes antecedentes:
- Anuncio publicado en el BOP nº XX, sobre convocatoria de licitación de bar cafetería por procedimiento abierto para la adjudicación del contrato concesión de la gestión del servicio del bar cafetería, situado en XXXX.
- Anuncio publicado en el BOP nº XX, sobre convocatoria de licitación de bar cafetería por procedimiento abierto para la adjudicación del contrato administrativo especial para la explotación del bar cafetería, conocido como "Bar YYYYY".
- Contrato de explotación del bar cafetería del XXXXX, celebrado el 8 de junio de 2016.
- Expediente de contratación 02/2016, de licitación del contrato relativo a la gestión del bar-cafetería, conocido como "Bar YYYYY".

2. LEGISLACIÓN APLICABLE.

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL).
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP).
- Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), norma de contratación vigente durante la tramitación y adjudicación de los expedientes de contratación.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), norma de contratación administrativa, vigente en la actualidad.
- Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL).
- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

3. FONDO DEL ASUNTO.

1º. En primer término procede la calificación de cada uno de los contratos con el fin de determinar su régimen jurídico:

- Explotación del bar cafetería del XXXX. En el anuncio de licitación publicado en el BOP de 26/04/2016 se describe como concesión para la gestión del servicio de cafetería situado en XXXX, denominación distinta a la recogida en el contrato de 08/06/2016, que además lo califica como contrato administrativo especial (se considera que es el mismo contrato, porque en los antecedentes se cita el anuncio y porque no se ha localizado la publicación de ningún otro anuncio que pueda tener relación). Es de suponer que una y otra descripción es coincidente y se refieren al mismo inmueble. En cuanto a la calificación del contrato, se considera que se trataría de un contrato

administrativo de concesión de la gestión del servicio público, porque así es como se ha licitado, según consta en el anuncio (no se ha detectado subsanación alguna en este sentido), y que se ha producido un error material en la parte dispositiva del contrato.

- Explotación del Bar "YYYY". En este caso es claramente un contrato administrativo especial, al constar en el anuncio y en la cláusula 3ª del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), que define el objeto y naturaleza del contrato.

En todo caso, no hay grandes diferencias en cuanto a su régimen, que viene determinado en el artículo 19 del TRLCSP (norma aplicable, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición transitoria primera de la vigente LCSP), precepto que en el apartado 1 destaca la naturaleza administrativa tanto de los contratos típicos (obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado) como los contratos especiales. No obstante, el apartado 2 del mismo precepto determina una cierta diferencia en cuanto a su régimen jurídico, que es común "*... en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado.*" Si bien a los contratos administrativos especiales "*... les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.*"

De este modo, el contrato del bar cafetería XXXX le resulta de aplicación plenamente la normativa de contratación administrativa, en tanto al contrato del bar "YYYYY", le sería de aplicación además y en primer término la normativa patrimonial, principalmente, LPAC y RBEL.

2º. Interesa en este punto la duración de ambos contratos, al respecto habrá que estar a lo que determine la normativa de contratación administrativa o la patrimonial pública, según se trate de uno u otro contrato.

El TRLCSP, en lo que aquí interesa, regula la materia en el artículo 23 en los términos que se transcriben a continuación:

"1. Sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos, la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las

características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas.

2. El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes."

Particularmente la duración los contratos de gestión de servicios públicos se regula en el artículo 278 de la misma norma que, tras prohibir expresamente los contratos de carácter perpetuo o de duración indefinida dispone que se fije *"... necesariamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:*

.../...

b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.

.../..."

En cuanto a la normativa patrimonial, el artículo 93.3 de la LPAP establece que *"3. Las concesiones se otorgarán por tiempo determinado. Su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, no podrá exceder de 75 años, salvo que se establezca otro menor en las normas especiales que sean de aplicación."* El precepto transcrito tiene carácter básico conforme a lo establecido en el apartado 5 de la disposición final segunda, pero el inciso final remite a las normas especiales que sean de aplicación, que podrán determinar un plazo menor. En nuestro caso, a falta de concreción alguna tanto en la LBRL como en el TRRL, el artículo 79 del RBEL establece el plazo máximo de las concesiones en 99 años, que al ser superior al determinado en la LPAP será el de esta norma (como se ha dicho, 75 años) el plazo máximo aplicable; no obstante, el artículo 80 de la norma reglamentaria prevé que su determinación se fije en el PCAP.

En definitiva, la determinación de la duración será la que fijen los respectivos pliegos de cláusulas administrativas particulares. Los plazos de duración establecidos son los siguientes:

- Cafetería bar XXXX: la cláusula tercera del contrato (casi con certeza en consonancia con lo determinado en el PCAP, del que no disponemos), establece la duración en dos años desde el día siguiente a la firma, que tuvo lugar el 08/06/2016, pudiendo prorrogarse hasta dos años más mediante prórrogas anuales. De manera que en la actualidad está en la segunda prórroga que finaliza el 08/06/2020.
- Bar YYYYY: según determinan la cláusula 8ª del PCAP y el apartado 2.c) del anuncio publicado en el BOP de XXXX, la duración es de cuatro años, no admitiéndose prórroga. En relación con este expediente no se ha aportado el contrato, pero la adjudicación se acuerda mediante resolución nº 104/2016, de 05/12/2016 y, según se señala en el apartado tercero de la misma, en esa misma fecha se convoca al contratista para la firma del contrato; en cualquier caso, su finalización será al menos posterior al 05/12/2020, dependiendo de la fecha de inicio de la ejecución que se haya previsto en el contrato.

La conclusión es obvia, el plazo de ejecución de uno y otro contrato, ha sido fijado de conformidad con las reglas de la normativa aplicable a cada uno de los contratos, al no excederse la duración máxima prevista legalmente.

3º. Como sabemos, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, cuya entrada en vigor se produce en el momento de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el mismo día 14 de marzo de 2020. El artículo 10 establece medidas contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales, entre las que el apartado establece que *"Se suspende la apertura al público de los museos, archivos, bibliotecas, monumentos, así como de los locales y establecimientos en los que se desarrollen espectáculos públicos, las actividades deportivas y de ocio indicados en el anexo del presente real decreto."* El citado anexo incluye, entre otros, los establecimientos de hostelería y restauración y, más concretamente, Cafeterías, bares, café-bares y asimilables. El estado de alarma ha sido prorrogado de manera ininterrumpida y a la vista de la

última prórroga aprobada se extenderá, al menos, hasta el día 07/06/2020. De manera, que la suspensión se ha mantenido en nuestra Comunidad Autónoma hasta el día 11/05/2020, fecha en la que se han podido abrir al público las terrazas, si bien con notables limitaciones en el ejercicio de la actividad, y será con el pase a la fase 2 de desescalada, a partir del día 25/05/2020, cuando se pueda realizar la actividad en el interior de los locales, pero con importantes restricciones y limitaciones de aforo, que se mantendrán al menos durante al menos las dos próximas semanas en las que se mantendrá la citada fase 2.

Durante la vigencia del estado de alarma se han producido una multiplicidad de normas, con la intención de paliar tanto los efectos de la crisis sanitaria como la crisis económica derivada de la paralización o reducción de la actividad productiva. Consecuencia de ello es el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, entre las que se incluyen las establecidas en el artículo 34, que alcanzan a la contratación pública. A este respecto, la propia exposición de motivos, párrafo decimoprimer del apartado IV, señala que "Para evitar que el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las CCAA o la Administración local para combatirlo puedan dar lugar a la resolución de contratos del sector público se prevé un régimen específico de suspensión de los mismos."

Del contenido de la exposición de motivos transcrito, se extrae fácilmente la conclusión de que lo establecido en el articulado de la norma debe ser interpretado de modo extensivo, de manera que pueda considerarse aplicable tanto a los contratos administrativos típicos como a los que tengan carácter especial. A fin de cuentas estamos ante supuestos concesionales en ambos casos con prestaciones muy similares si no iguales, aunque también es cierto que resulta más evidente el contenido de servicio público en la cafetería bar XXXX que en el bar "YYYY"; no obstante, es evidente el servicio público en este último, principalmente a la vista de la cláusula tercera en la que se afirma que "La necesidad a satisfacer mediante el presente contrato es la prestación del servicio de Bar-Cafetería a los vecinos de XXXX y, especialmente, al colectivo de jubilados."

En relación con el supuesto que se nos plantea el precepto que nos incumbe es el apartado 4 del citado artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, cuyo contenido se transcribe a continuación:

"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."

La norma transcrita viene a sumar un nuevo supuesto de fuerza mayor a los ya previstos en el artículo 231.2 del TRLCSP, como consecuencia de las circunstancias extraordinarias derivadas de la pandemia provocada por el COVID-19. En el presente caso se ha suspendido la actividad y, cuando se ha reanudado, su ejercicio se ve afectado por importantes limitaciones y restricciones que dan lugar a las consiguientes pérdidas de ingresos, como consecuencia de la propia falta de actividad, durante buena parte del estado de alarma, y de las restricciones y limitaciones en su ejercicio a partir de la reanudación; es evidente, además, que se va a producir un incremento de los costes, principalmente como consecuencia de la adopción de medidas higiénico sanitarias impuestas con carácter general por las distintas administraciones.

Se trata por tanto, de restablecer el equilibrio económico del contrato. Para ello, la norma prevé dos medidas distintas, la ampliación de la duración inicial hasta en un 15 por 100 o la modificación de alguna de las cláusulas económicas. Tratándose en ambos casos contratos con una duración inicial de 4 años, se podría llegar a prorrogar hasta 7 meses y 24 días. La eventual prórroga no resultaría incompatible con la interrupción del cobro del canon de la concesión, durante el periodo de suspensión de la actividad, puesto que no se ha realizado la prestación, siempre que al reinicio de la actividad se reanude el cobro de acuerdo con las condiciones establecidas, que se extendería a todo el periodo de duración del contrato, incluida la prórroga que se acuerde.

Para llevarlo a término, resulta preceptiva la solicitud del contratista con acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos. La resolución del procedimiento se realizará en cada caso por el órgano de contratación, una vez apreciada la imposibilidad de la ejecución del contrato.

4º. Para el caso de que se considerara la inaplicabilidad del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 al contrato administrativo especial del bar cafetería "YYYY", procede considerar que la medida articulada está en consonancia con la cláusula "rebus sic stantibus", dirigida al restablecimiento del equilibrio de las prestaciones, aplicable únicamente a efectos modificativos, encaminados a compensar el desequilibrio de las prestaciones, con especial incidencia en los contratos de tracto sucesivo, de manera que carece efectos rescisorios, resolutorios o extintivos de los mismos. Pese a su falta de previsión legal es admitida por los tribunales, previa concurrencia de los siguientes requisitos:

- Alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al tiempo de su celebración.
- Una desproporción exorbitante, entre las prestaciones de las partes contratantes que interfieran en el contrato y en el equilibrio de las prestaciones.
- Que todo ello acontezca por circunstancias sobrenadas e imprevisibles.

Tradicionalmente se ha aplicado de manera muy restrictiva, de modo que los requisitos señalados se exigían con un rigor extraordinario. No obstante, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2014, la doctrina jurisprudencial ha dado un giro hacia una configuración

más normalizada, como consecuencia del cambio de las circunstancias existentes debido a la crisis económica y la excesiva onerosidad de la relación negocial cuando recae sobre una de las partes, a este respecto, la sentencia ha declarado (fundamento jurídico segundo, apartado 3):

"3. Respecto de la cuestión de fondo que plantea el presente caso, en torno a la valoración del régimen de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, debe señalarse que en la actualidad se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional, como corresponde a una cláusula "peligrosa" y de admisión "cautelosa", con fundamento derivado del criterio subjetivo de la equidad y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: "alteración extraordinaria", "desproporción desorbitante" y circunstancias "radicalmente imprevisibles"; caso de la sentencia de esta Sala, de 10 de febrero de 1997, que es tomada como referente por la Audiencia Provincial.

Por contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento y al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada, en donde su prudente aplicación deriva de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal del contrato. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de esta figura, reconocible ya en las Sentencias de esta Sala de 17 y 18 de enero de 2013 (núms. 820 y 822/2012, respectivamente) en donde se reconoce que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, también responde a la nueva configuración que de esta figura ofrecen los principales textos de armonización y actualización en materia de interpretación y eficacia de los contratos (Principios Unidroit, Principios Europeos de la Contratación o el propio Anteproyecto relativo a la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos de nuestro Código Civil).

Añadiendo en el apartado 7:

"Ello se traduce, a diferencia de la doctrina jurisprudencial anterior, en la estimación, como hecho notorio, de que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de

generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante, reconocida su relevancia como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico, la aplicación de la cláusula rebus no se produce de forma generalizada ni de un modo automático pues como señalan ambas Sentencias, y aquí se ha reiterado, resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en los casos planteados, esto es, que la crisis económica constituya en estos casos un presupuesto previo, justificativo del cambio operado no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual de que se trate; de ahí, que ambas Sentencias destaquen que la crisis económica, como hecho ciertamente notorio, no pueda constituir por ella sola el fundamento de aplicación de la cláusula rebus máxime, como resulta de los supuestos de hecho de las Sentencias citadas, cuando confundiéndose la tipicidad contractual de la figura se pretende su aplicación por la vía errónea de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (1182 a 1184 del Código Civil).

.../...

En este contexto, y dentro de la fundamentación objetiva y de tipicidad contractual señalada, pueden extraerse las siguientes consideraciones de carácter general:

A). La base económica del contrato, como parámetro de la relevancia del cambio, esto es, de la excesiva onerosidad, permite que en el tratamiento de la relación de equivalencia sea tenida en cuenta la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida.

B). Desde esta perspectiva parece razonable apreciar la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de preparación y ejecución de la prestación en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación).

C). En ambos casos, por mor de la tipicidad contractual de la figura, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o

de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc."

5º. En vista de todo ello, se extraen las siguientes CONCLUSIONES:

- El artículo 10 del Real Decreto 463/2020 ha suspendido la actividad de los establecimientos de hostelería y restauración y, más concretamente, de Cafeterías, bares, café-bares y asimilables
- Interpretando extensivamente el precepto, se considera que el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 es aplicable tanto al contrato de gestión de servicios públicos como al contrato administrativo especial de explotación del servicio público. No obstante, si se entendiera no aplicable este último, puede el Ayuntamiento proceder de manera similar con aplicación de la cláusula "rebus sic stantibus".
- La aplicación del citado precepto va encaminada al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, mediante la aplicación de dos medidas distintas, la ampliación de la duración inicial hasta en un 15 por 100 o la modificación de alguna de las cláusulas económicas.
- Debe mediar la petición razonada del contratista, debiendo resolverse el procedimiento por el órgano de contratación.

Este es el informe de la Oficialía Mayor – Área de Cooperación Municipal, en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de XXXX, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz