



Contratación Pública. Boletín de novedades.

Legal – Área de Derecho Público y Sectores Regulados

Junio-septiembre 2023

Les remitimos el **Boletín de Novedades en materia de Contratación Pública (junio – julio – agosto - septiembre 2023)** de Deloitte Legal.

Desde el equipo de Derecho Público y Sectores Regulados de Deloitte Legal hemos recopilado las novedades legislativas, jurisprudenciales y doctrinales en materia de contratación pública aprobadas y/o publicadas en el período indicado.

A estos efectos, destaca especialmente el análisis de las últimas novedades legislativas que inciden en el ámbito de la contratación pública como es la Comunicación 1/2023, de la CNMC, en la que se aprueban los **criterios que regirán la prohibición de contratar de las empresas con el sector público cuando se hayan cometido infracciones en materia de competencia**, así como la doctrina administrativa de la Junta Consultiva de Contratación Pública de las Islas Baleares relativa a la aplicación, en los **contratos de obras, de las medidas extraordinarias** establecidas en el Capítulo V del Decreto Ley 4/2022, así como el posicionamiento jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con las **solicitudes de reequilibrio económico-financiero realizadas debido a la situación extraordinaria del Covid-19**, en el marco de las concesiones de autopistas de carácter estatal.

Esperamos que les resulte de gran utilidad e interés.



Novedades Legislativas

COMUNICACIÓN 1/2023, DE 13 DE JUNIO, DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, SOBRE CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA.

- Fecha de la Comunicación 1/2023: 13 de junio de 2023.
- Fecha de publicación en el BOE de la Comunicación 1/2023: 30 de junio de 2023.
- Enlace al texto de la Comunicación 1/2023 en el BOE: [Comunicación 1/2023, de 13 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia.](#)

En fecha 13 de junio de 2023, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, “CNMC”) aprobó la Comunicación 1/2023, cuyo contenido tiene por objeto **la aprobación de los criterios que guiarán la actuación de esta a la hora de fijar la duración y el alcance de la prohibición de contratar en aquellos expedientes sancionadores relativos al falseamiento de la competencia**, proporcionando así la necesaria seguridad jurídica a los operadores, y garantizando la transparencia en la actuación administrativa.

En este sentido, la CNMC, por su práctica sancionadora, considera que es **la propia entidad la autoridad mejor situada para valorar de manera conjunta la globalidad de las medidas de gravamen y sanción que puedan adoptarse ante los hechos acreditados** y la que está en mejor posición para ponderar las consecuencias en el mercado de las conductas sancionadas. A este respecto, cabe tener en cuenta que este ha sido el posicionamiento de nuestros Tribunales de Justicia, como es el caso de las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 3273/2022 y 3289/2022, ambas de 28 de septiembre de 2022.

A los efectos que aquí nos ocupan, a continuación, procedemos a señalar los aspectos y cuestiones más relevantes que la Comunicación 1/2023 recoge:

- Por lo que respecta al **ámbito de aplicación objetivo**, se confirma por parte de la CNMC que no existe una limitación al tipo de conducta anticompetitiva sobre la que pueda recaer una prohibición de contratar, siempre que esta sea calificada, al menos, como grave por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, “LDC”). En este sentido, quedarían comprendidas en los supuestos de prohibición para contratar las infracciones muy

graves indicadas en el artículo 62.4 de la LDC y las infracciones graves establecidas en el artículo 62.3 de la misma norma.

- En lo relativo al **ámbito subjetivo**, es preciso indicar que el artículo 71.1, apartado b) de la LCSP señala que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la LCSP las personas, independientemente de si son físicas o jurídicas, que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave del derecho de la competencia. Atendiendo a lo anterior y tomando en consideración que, de acuerdo con el artículo 63.2 de la LDC, los representantes legales de las empresas o personas que integren sus órganos directivos pueden ser sancionados, la CNMC concluye que no procede excluir a las personas físicas del ámbito de aplicación subjetivo de la prohibición de contratar.
- Asimismo, en lo que atañe al **alcance y duración de la prohibición de contratar**, y más concretamente, en lo que respecta a los principios generales, cabe señalar que, de acuerdo con el artículo 19.4 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para determinar el alcance y la duración de la prohibición de contratar se deberá considerar la existencia de dolo o mala fe manifiesta del empresario y la entidad del daño causado a los intereses públicos.
- En lo que respecta a los **parámetros para determinar el alcance y la duración de la prohibición**, la CNMC señala las circunstancias particulares que podrán ser objeto de especial análisis a la hora de valorar la cuestión: **(i) El ámbito geográfico: el mercado geográfico donde se ha producido la infracción se tomará como principal referencia a la hora de definir el perímetro geográfico al que habrá de contraerse la prohibición; (ii) El alcance del producto, bien o servicio, el cual se tomará como principal referencia a la hora de definir el perímetro de la prohibición; (iii) La duración de la infracción; (iv) La gravedad de la infracción, así como su naturaleza; (v) y el grado de participación, en el que se valorará la potencial posición de responsable, instigador, participación activa o residual, etc.**
- En cuarto lugar, la CNMC reconoce una serie de **excepciones a la hora de imponer la prohibición de contratar**. En este sentido, no procederá declarar la prohibición de contratar cuando, durante el trámite de audiencia, la persona acredite las siguientes circunstancias de forma acumulativa: **(i) el pago o compromiso de pago de la multa fijada en la resolución administrativa de la que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma y (ii) la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.**

- Finalmente, la CNMC estipula en la Comunicación 1/2023 que **(i)** la resolución en la que se fije la duración y alcance de la prohibición de contratar es firme desde su aprobación, desplegando sus correspondientes efectos, sin perjuicio de su eventual impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa y su eventual suspensión y **(ii)** las prohibiciones de contratar, una vez adoptada la resolución correspondiente, se comunicarán para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas.



Novedades Jurisprudenciales y Doctrinales

AUTO NÚM. 265/2023, DE 23 DE MAYO, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTO CONTRA DIVERSOS PRECEPTOS DEL DECRETO-LEY DEL GOBIERNO DE ARAGÓN 3/2022, DE 6 DE ABRIL, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS EXCEPCIONALES Y URGENTES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

- [Fecha del Auto núm. 265/2023, del Tribunal Constitucional](#): 23 de mayo de 2023.
- [Fecha de la publicación en el BOE del Auto núm. 265/2023, del Tribunal Constitucional](#): 24 de junio de 2023.
- [Enlace al Auto núm. 265/2023, de 23 de mayo de 2023](#): [Auto núm. 265/2023, de 23 de mayo de 2023](#).

Con fecha 5 de enero de 2023, la Abogacía del Estado interpuso, en nombre del presidente del Gobierno, recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 2, 3.1, 3.2, 4 y 5 del Decreto-ley 3/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se adoptan medidas excepcionales y urgentes en la contratación pública (en adelante, “**Decreto-ley 3/2022**”). La Abogacía del Estado invocó el artículo 161.2 de la Constitución Española (en adelante, “**CE**”), en relación con el artículo 30 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, “**LOTC**”), a los efectos de solicitar la suspensión de la aplicación de los preceptos impugnados.

El Auto núm. 265/2023, de 23 de mayo de 2023 (en adelante, “**Auto 265/2023**”) tiene por objeto que el Tribunal Constitucional se pronuncie acerca de si procede levantar o mantener la suspensión de la vigencia de los arts. 2, 3.1, 3.2, 4 y 5 del Decreto-ley 3/2022.

El recurso de inconstitucionalidad del que trae casusa este procedimiento, se fundamentaba en un único motivo, siendo éste la vulneración de la legislación básica sobre contratos administrativos (artículo 149.1.18 CE), concretamente de determinados preceptos de la LCSP y del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística, por el que se traspone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE (en adelante, “**Real Decreto-Ley 3/2022**”), cuyo objeto, entre otras cuestiones, es prever en determinados supuestos una revisión excepcional de los precios de los contratos públicos no contemplada en el artículo 103 de la LCSP, permitiendo a las comunidades autónomas aplicar estas medidas si así lo acuerdan.

Con el fin de aplicar dichas medidas, el Gobierno de Aragón aprobó el Decreto-ley 3/2023 permitiendo también la revisión excepcional de precios de los contratos en el ámbito de la Comunidad Autónoma. No obstante, según lo alegado en el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto, dicha norma vulnera la legislación básica del Estado al contradecir las condiciones y ámbito temporal de la revisión de precios de los contratos debido a que:

- Por un lado, se permite la revisión de precios no solo en los contratos de obras, sino también *“en los contratos mixtos respecto a la prestación de obras y en los contratos de servicios y suministros necesarios para la ejecución de obra pública”* (artículo 3.1), así como en los contratos de servicios y suministros (artículo 4.1);
- Asimismo, se circunscribe a una serie de materiales, entre los cuales figuran algunos no contemplados en el Real Decreto-ley 3/2022 (artículo 3.2); y
- La revisión se condiciona a un espacio temporal y a que los contratos de obras se hallen en unas fases o estados de tramitación determinadas que no coinciden con lo previsto en el Real Decreto-ley 3/2022 (artículo 3.1).
- Adicionalmente, se alega que el Decreto-ley impugnado vulnera también la LCSP, debido a que introduce en su artículo 5 un supuesto de modificación de los contratos de obra pública por incremento del precio de los materiales que no está previsto en la norma estatal.

En primer lugar, en lo que se refiere al **levantamiento o mantenimiento de la suspensión de los preceptos impugnados** de acuerdo con la doctrina consolidada, el Tribunal Constitucional analiza por separado aquellas previsiones que se refieren a la **revisión de precios en los contratos públicos** (arts. 3.1, 3.2, 4.1 y 4.2), a la **modificación de los materiales en los contratos de obra pública** (artículo 5) y, por último, al artículo 2 **regulador del ámbito de aplicación de la ley**.

El Tribunal Constitucional da respuesta a uno de los argumentos del Abogado del Estado referente a que los efectos de una hipotética **sentencia estimatoria del recurso de inconstitucionalidad impedirían la restauración de la competencia básica del Estado**, debido a que los preceptos impugnados no están llamados a aplicarse de forma indefinida, sino a una serie de contratos determinados temporalmente. Pues bien, a este respecto, el Tribunal concluye que la alegación del Abogado del Estado no toma en consideración que los preceptos impugnados tienen por objeto únicamente delimitar los contratos que por la fase temporal en la que se encuentran, pueden beneficiarse de la revisión de precios. Y, sin embargo, la solicitud de revisión excepcional de precios puede solicitarse, según el artículo 9 del Real Decreto-ley 3/2022, de 3 de marzo, durante toda la vigencia del contrato, lo que podría dar a lugar a que esta se instara años después de la entrada en vigor del decreto-ley impugnado.

Por otro lado, el Abogado del Estado alega que, debido a la **falta de publicidad de los actos de revisión de los precios**, los posibles afectados no podrían reaccionar frente a aquellos. Añade que, aun pudiendo hacerlo, en muchos casos no sería viable volver a la situación inicial, al menos sin generar una responsabilidad patrimonial para la Administración. Al respecto, señala el Tribunal que al margen de que no existe ninguna disposición en el impugnado Decreto-ley reguladora de la publicidad de los contratos, el Abogado del Estado no refiere la existencia de perjuicios reales que fueran de imposible o de difícil reparación.

Finalmente, el Abogado del Estado afirma que podrían producirse **perjuicios como consecuencia de un eventual incumplimiento del Derecho de la Unión Europea**, particularmente del artículo 72 de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública. Sin embargo, el Tribunal Constitucional concluye que no considera suficiente el argumento expuesto anteriormente, recordándonos que la norma en cuestión goza del principio de constitucionalidad.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Tribunal procede a levantar la suspensión de los artículos 3.1, 3.2, 4.1 y 4.2 del Decreto-ley 3/2022.

Por otro lado, pasando a analizar la **modificación de los materiales en los contratos de obra pública**, el artículo 5 Decreto-ley 3/2022 establece la posibilidad de que en los contratos de obra pública, a petición de la empresa adjudicataria de la obra, pueda acordarse a criterio del órgano de contratación, una modificación de los materiales tomados en cuenta para la elaboración del proyecto que sirvió de base a la licitación, siempre y cuando la modificación de los materiales permita una rebaja de los precios y no implique una merma en la funcionalidad y seguridad de la obra en ejecución. En este sentido, el Abogado del Estado alega que, de aplicarse el precepto, no sería viable volver a la situación anterior toda vez que no podría exigirse al contratista que, tras la realización de una obra con unos materiales no previstos en el contrato, se le volviera a exigir llevarla a cabo con aquellos inicialmente previstos en este.

Pues bien, en lo que respecta a esta cuestión, concluye el Tribunal Constitucional que resulta patente que, una vez ejecutada una determinada obra con materiales distintos a los inicialmente previstos, revertir tal situación podría deparar en perjuicios que, en la mayoría de los casos, no serían únicamente de índole económica. Por lo cual, acuerda el mantenimiento de la suspensión del referido precepto.

Por último, en lo que concierne al **ámbito de aplicación de la ley** (artículo 2 del Decreto-ley 3/2022), el Tribunal acuerda alzar la suspensión del precepto, en tanto en cuanto concluye que el artículo 2 no es una disposición que regule directamente supuestos determinados de contratos públicos, sino una regla relativa al ámbito de aplicación de las que sí lo hacen.

Consecuentemente, tras el análisis previamente expuesto, el Pleno acuerda, por un lado, mantener la suspensión del artículo 5 del Decreto-ley 3/2022, y por otro, levantar la suspensión del resto de los preceptos impugnados.

INFORME 1/2023, DE 30 JUNIO DE 2023, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS ISLAS BALEARES SOBRE CUESTIONES RELATIVAS A LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL CAPÍTULO V DEL DECRETO-LEY 4/2022.

- [Fecha de la aprobación del Informe Núm. 1/2023: 30 de junio de 2023.](#)
- [Enlace del Informe 1/2023 en la página web de la Junta Consultiva de Contratación Pública de las Islas Baleares: Informe 1/2023, de 30 junio de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares sobre cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del capítulo V del Decreto Ley 4/2022.](#)

El Informe 1/2023, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares (en adelante, “JCCAIB”) da respuesta a diversas consultas planteadas por la Presidenta de la Asociación de Constructores de Baleares, relativas a la interpretación y aplicación del **Capítulo V** del Decreto-ley 4/2022, de 30 de marzo, por el que se adoptan medidas extraordinarias y urgentes para paliar la crisis económica y social producida por los efectos de la guerra en Ucrania (en adelante, “Decreto-ley 4/2022”), específicamente en relación con los artículos 16, 17 y 18, así como a la aplicación de los acuerdos del Consejo de Gobierno emitidos para desarrollar dicho Decreto-ley.

El Capítulo V, establece medidas para asegurar el equilibrio económico de los contratos de obras y

de cualquier otro tipo de contrato.

En todo caso, en este supuesto, las **dudas interpretativas versaban en relación con los contratos de obras**, de conformidad con lo que se expondrá a continuación:

- En primer lugar, en relación con los contratos de obras mencionados en el artículo 17.1.b) del Decreto-ley 4/2022, se consulta si es posible **calcular el derecho a la modificación del contrato utilizando los parámetros y la metodología de cálculo establecidos en el Acuerdo del Consejo de Gobierno del 31 de octubre de 2022**. A este respecto, la JCCAIB hace referencia al mencionado Acuerdo indicando que en el mismo consta expresamente que “[...] mediante este acuerdo se adoptan los parámetros y la metodología que se tienen que tener en cuenta para el cálculo de la compensación económica extraordinaria a que hace referencia la letra a) del artículo 17.1 en relación con la letra d) del artículo 18.3; y esto, **sin perjuicio que estos parámetros también se puedan considerar, por identidad de razón, para determinar el valor —o una parte— de la modificación del contrato en los casos en que se decida aplicar la vía que prevé la letra b) del mismo artículo 17.1 para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.**”, confirmando, por lo tanto, la posibilidad de aplicar el Acuerdo de 31 de octubre a este supuesto.
- En segundo lugar, se plantea si a los **contratos mixtos de obras y servicios les resulta de aplicación la compensación extraordinaria** establecida en el Decreto-ley 4/2022 para las prestaciones de obra. En este sentido, la JCCAIB indica que “*para la aplicación de medidas extraordinarias de equilibrio económico, en los contratos mixtos debe aplicarse el régimen jurídico que corresponda a cada una de las prestaciones que se funden en el contrato, y no existe ningún impedimento legal para aplicar las medidas extraordinarias del capítulo V del Decreto Ley 4/2022*”. Por lo tanto, la JCCAIB confirma que a las prestaciones de obra de un contrato mixto también les resulta de aplicación dicha compensación o modificación extraordinaria prevista en el Capítulo V.
- Finalmente, la tercera cuestión planteada se refiere a la **interpretación del concepto "contrato vigente"** establecido en los artículos 203 y 205.2.b) de la LCSP. La respuesta de la JCCAIB a esta cuestión se basa en el Informe núm. 14/2022 de la Junta Consultiva del Estado, que establece que la vigencia del contrato de obras llega hasta el momento en que se ha formalizado el acta de recepción y se ha aprobado la certificación final de la obra. Así pues, la JCCAIB señala que, **aunque el contrato haya finalizado su fase de ejecución, existe un período de garantía posterior a la certificación final en el cual el contratista sigue siendo responsable de posibles defectos de ejecución que no eran visibles durante la recepción**. Sin embargo, este periodo de garantía no afecta a la interpretación del concepto de "contrato vigente" para fines de revisión excepcional de precios, ya que dicha revisión debe basarse en la obra ya ejecutada hasta la conclusión de la ejecución.

RESOLUCIÓN NÚM. 429/2023, DE 5 DE JULIO, DEL TRIBUNAL CATALÁN DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO SOBRE LA FALTA DE MOTIVACIÓN EN RELACIÓN CON LOS CRITERIOS SUBJETIVOS SOMETIDOS A JUICIO DE VALOR.

- [Fecha de la Resolución Núm. 429/2023](#): 5 de julio de 2023.
- [Fecha de publicación de la Resolución núm. 429/2023](#): 5 de julio de 2023.
- [Enlace a la Resolución núm. 429/2023 en la página web de la Generalitat de Catalunya: Resolución núm. 429/2023, de 5 de julio, del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público.](#)

En la Resolución núm. 429/2023, de 5 de julio, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público (en adelante, “TCCSP”) resolvió un recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la adjudicación de un contrato de suministro de sillas fijas para diversos centros asistenciales dependientes del Servicio Catalán de la Salud.

La recurrente consideraba que la valoración técnica de las ofertas presentadas carecía de motivación adecuada en relación con los criterios subjetivos de juicio de valor.

El TCCSP resolvió a favor de la empresa recurrente, determinando que **la falta de motivación en el informe técnico de valoración impedía conocer las razones específicas que llevaron a asignar determinadas puntuaciones a las ofertas.**

Concretamente, el informe técnico de valoración tan solo contenía un cuadro de puntuaciones, sin explicación específica sobre ninguna de las puntuaciones obtenidas en relación con los criterios sometidos a juicio de valor.

A este respecto, el TCCSP determinó que el informe técnico debe ser **racional y suficiente** en su motivación y no puede limitarse solo a un cuadro de puntuaciones, sino que debe explicar las razones que llevaron a asignar las puntuaciones específicas a cada oferta.

Esta falta de motivación afecta los **principios de igualdad, transparencia e imparcialidad** en el procedimiento de licitación, pues impide que el tribunal revise adecuadamente el proceso de adjudicación, ya que no se puede sustituir el juicio técnico de valoración de los órganos de contratación.

Además, el Tribunal señaló que es requisito fundamental que los criterios de valoración estén claramente definidos en los pliegos de condiciones y que las valoraciones cuenten con una fundamentación adecuada. Sin embargo, tanto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

como la memoria justificativa carecían de parámetros específicos para llevar a cabo dicha valoración.

En conclusión, dado que la motivación de las puntuaciones era insuficiente y no se podían conocer las razones detrás de las calificaciones asignadas, se anuló la adjudicación y, en consecuencia, se declaró la nulidad de todo el procedimiento de licitación.

SENTENCIA NÚM. 1.034/2023, DE 18 DE JULIO, DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL REEQUILIBRIO ECONÓMICO SOLICITADO POR LAS CONCESIONARIAS DE AUTOPISTAS COMO CONSECUENCIA DEL COVID-19.

- [Fecha de la Sentencia: 18 de julio de 2023.](#)
- [Enlace a la Sentencia en la página web del Consejo General del Poder Judicial: Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 1034/2023, de 18 de julio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.](#)

La presente sentencia del Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Autopista Central Gallega, Concesionaria Española, S.A., (en adelante “**ACEGA**” o la “**Sociedad**”) contra la desestimación presunta de la solicitud dirigida al Consejo de Ministros, solicitando el reequilibrio económico-financiero por la pérdida de ingresos en la autopista de peaje "Santiago de Compostela-Ourense. Tramo: Santiago de Compostela - Alto de Santo Domingo" de la que es concesionaria, por el periodo comprendido entre el 13 de marzo y el 15 de julio de 2020.

ACEGA fundamenta dicha impugnación en los siguientes motivos:

En primer lugar, la Sociedad entendía que procedía 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 (en adelante “**RD-Ley 8/2020**”) y no el artículo 25 del 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 (en adelante “**RD-Ley 26/2020**”), por las razones que a continuación se expondrán.

El artículo 34.4 del RD-ley 8/2020 habilita a las sociedades titulares de contratos públicos de concesión, que se hayan visto afectadas por la situación de hecho creada por el COVID-19, el acceso al reequilibrio económico del contrato para resarcirse por la pérdida de ingresos y el incremento de costes incurridos consecuencia de esa situación. Sin embargo, el artículo 25 del RD-ley 26/2020 no lo contempla y, además, dispone que no se apreciará la imposibilidad de ejecución del contrato (y, por

tanto, no procederá admitir el reequilibrio económico del contrato) cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido positivo.

Según la Sociedad, el requisito del margen bruto de explotación positivo excluye y priva automáticamente a los titulares de contratos de concesión de autopistas del derecho al reequilibrio recogido en el artículo 34.4 RD-ley 8/2020 en tanto en cuanto el margen bruto de explotación no es un parámetro válido para medir el desequilibrio económico de este tipo de negocios, ya que no se tendría en cuenta la millonaria inversión destinada a la construcción de la infraestructura, ni a la financiación de la misma.

Por estas razones, ACEGA entiende que el artículo 25 del RD-ley 26/2020 debe resultar inaplicable por ser contrario a principios y derechos constitucionales básicos, solicitando, a la postre, el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por su eventual contradicción o vulneración de preceptos constitucionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, ACEGA solicita la **estimación de la solicitud de reequilibrio** al amparo del artículo 34.4 del RD-ley 8/2020 y, con carácter alternativo, al amparo de las cláusulas del contrato y de la norma de contratación pública aplicable, esto es, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas del año 1995 (en adelante, "**LCAP 1995**").

Así las cosas, con respecto al artículo 34.4 del RD-ley 8/2020, la Sociedad considera que le sería de aplicación y que, en todo caso, se darían los requisitos jurídicos para considerar la imposibilidad de ejecutar un contrato, en la medida en que la actividad de la autopista de peaje no se pudo prestar durante el período del estado de alarma debido al Covid-19 en los términos inicialmente pactados, sin que se hayan podido percibir los ingresos correspondientes a una ejecución normal del contrato.

Alternativamente, la recurrente considera de aplicación las cláusulas del contrato y de la LCAP 1995, señalando que el Covid-19 claramente se incardina en un supuesto de fuerza mayor al constituir el estado de alarma un supuesto de limitación de los derechos fundamentales de los ciudadanos que evidentemente implica una situación de alteración grave del orden público.

Los argumentos ofrecidos por el Tribunal Supremo, como ya avanzamos, van dirigidos a desestimar el recurso contencioso-administrativo presentado por la recurrente.

En primer lugar, en lo que respecta a la pretendida **infracción del principio de igualdad** (art. 14 CE), del canon de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación y del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), el Tribunal sostiene que los Reales Decretos-ley 8/2020 y 26/2020 regularon, entre otras muchas disposiciones, el reequilibrio económico de los contratos públicos por el impacto causado por el Covid-19 y por las medidas adoptadas por las Administraciones públicas durante un periodo limitado (el periodo de tiempo del primer estado de alarma 14 de marzo a 21 de junio de 2020).

A la vista de estas consideraciones, el Tribunal considera que no puede entenderse que tales normas estén dirigidas a unos destinatarios singulares, sino que se trata de previsiones amplias destinadas a sectores muy variados y que contemplan un amplio abanico de contratos y concesiones, sin perjuicio de que la previsión contenida en el art. 25 del RD-ley 26/2020 esté dirigida a concretar los criterios que se deben aplicar para apreciar la imposibilidad total o parcial de la ejecución de tres tipos de contratos: concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje; concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación; y las concesiones de las áreas de servicios de la Red de Carreteras del Estado. Ello, de conformidad con lo señalado por el Tribunal Supremo, no convierte esta norma en una previsión singular por razón del destinatario.

Asimismo, en lo referido a la utilización del parámetro del "margen bruto de explotación" como criterio para establecer cuando concurre una imposibilidad de ejecución de la concesión, concluye que no se aprecia, en contra de lo manifestado por el recurrente, un trato discriminatorio que vulnere el principio de igualdad en la ley. Ello se debe a que la norma establece previsiones para muchos de los sectores económicos de la sociedad.

A su vez, el Tribunal señala que es razonable que existan disposiciones específicas para los concesionarios de autopistas, dado lo singular que son este tipo de concesiones en comparación con otros contratos públicos, y esto no implica un trato discriminatorio. El Tribunal también destaca que la limitación de la compensación no se aplica exclusivamente a estos contratos, sino que también afecta a otros contratos públicos.

En segundo lugar, el Tribunal se refiere al argumento presentado por ACEGA, por el cual se alega que el art. 25 del RD-ley 26/2020 se aplica exclusivamente a las autopistas de propiedad de la Administración General del Estado, lo que se percibe como una violación del principio de igualdad y no discriminación, establecido en el art. 14 CE. Así, la Sociedad argumenta que, frente a un problema común, como el impacto de las medidas adoptadas por la Administración en respuesta a la crisis sanitaria, el legislador estatal ha decidido limitar el derecho al reequilibrio solo para las autopistas de peaje estatales, dejando fuera a las autopistas de peaje de propiedad autonómica.

Al respecto, considera el Tribunal, con base en su STS nº1038/2022, de 19 de julio (rec. 55/2021), que la existencia de un sistema legal diferenciado entre las normativas estatales y autonómicas, así como dentro de las normativas autonómicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, no se considera una violación del principio de igualdad según la Constitución. El Tribunal subraya que la igualdad no implica la uniformidad y, por lo tanto, se aceptan diferencias normativas debido a la autonomía política de las comunidades autónomas en sus ámbitos de competencia y objetivos específicos.

En lo que respecta a la idoneidad y adecuación de las medidas tomadas por la Administración, concluye el Tribunal que el propósito de la norma no era resarcir por completo al contratista de todos los perjuicios que experimentó debido a esta situación, sino más bien aliviar los efectos negativos que la pandemia y las medidas tomadas tuvieron en ellos para garantizar la continuidad de los contratos públicos. Por lo tanto, desde una perspectiva general, la restricción de las compensaciones económicas contempladas en todos estos contratos, incluyendo la concesión en cuestión, resultaba adecuada y proporcional al objetivo de la norma y a la situación que se intentaba abordar.

Finalmente, la recurrente alega que se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica ya que tras dictarse el RD-ley 8/2020, podía acogerse al mecanismo regulado en su art. 34.4 y recibir una compensación por la pérdida de ingresos sufridos. Sin embargo, casi cuatro meses después, sin anuncio previo ni medida transitoria alguna, se dicta el RD-ley 26/2020, que en su art. 25 limita la aplicación del referido art. 34.4 del RD-ley 8/2020 a aquellos contratos de concesión de autopistas de peaje que hayan tenido un margen bruto de explotación negativo durante el período de vigencia del estado de alarma. Al respecto, la sentencia concluye que la regulación cuestionada no vulnera el principio de seguridad jurídica, ya que no se ha producido una retroactividad prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución Española.

En conclusión, en su fallo, el Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto, descartando (i) la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sociedad y (ii) la posibilidad de reclamar una compensación económica basándose en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020. Argumenta que hacerlo equivaldría a no aplicar el artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020 y, en consecuencia, evitar cumplir con los requisitos establecidos en dicho artículo para tener derecho a una compensación económica.