

El reequilibrio de concesiones públicas por la crisis del COVID-19. Algunas certezas y muchas dudas.

23 de abril de 2020

1. Introducción

- 1.1 Con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19, se han aprobado una serie de medidas en materia de contratación pública dirigidas a regular supuestos especiales de suspensión, prórroga, aplazamiento de plazos, compensaciones y reequilibrios de contratos.
- 1.2 La mayor parte de estas medidas se encuentran recogidas en el 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 ([RD-ley 8/2020](#)), posteriormente modificado por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo ([RD-ley 11/2020](#)). En su conjunto los dos anteriores, los "[Reales Decretos-leyes](#)".
- 1.3 El apartado 4 del artículo 34 del RD-ley 8/2020, relativo a los "*contratos públicos*" de concesión de obras y de servicios, dispone que la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas para combatirlo darán derecho a un reequilibrio, mediante la ampliación de la duración de la concesión hasta un 15% o la modificación de las cláusulas de contenido económico, por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados respecto a los previstos en la "*ejecución ordinaria*" de la concesión durante "*el periodo de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19*", cuando el órgano de contratación aprecie, a instancia de parte, la "*imposibilidad de ejecución del contrato*".
- 1.4 Los Reales Decretos-leyes aportan algunas certezas pero también muchas dudas interpretativas sobre la extensión del derecho de las concesionarias al reequilibrio por las medidas adoptadas para combatir el COVID-19.

Las dudas acrecen tras la lectura de dos informes emitidos por la Abogacía del Estado con fechas 1 y 2 de abril de 2020¹ pues, de aceptarse, se vedaría el derecho al reequilibrio a la mayor parte de concesiones de obras y servicios afectadas por la crisis del COVID-19.

- 1.5 A la luz de lo anterior, sin la pretensión de ofrecer soluciones definitivas en un escenario de alta volatilidad jurídica ni de sustituir el necesario análisis individual requerido en cada caso, creemos oportuno realizar algunas reflexiones sobre varios de los aspectos más controvertidos relacionados con el derecho de las concesionarias al reequilibrio por la crisis sanitaria del COVID-19.
- 1.6 En particular, en esta nota se analizará: el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 34 del RD-ley 8/2020 y si aplica a todos los "contratos públicos" o únicamente a los que estén sujetos a determinadas leyes de contratación; el concepto de "imposibilidad de ejecución" y la interpretación literal que sostiene la Abogacía General del Estado al respecto; el periodo indemnizable y la extensión del "período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19"; y la aplicación de los mecanismos de compensación contemplados en la normativa general y su compatibilidad con los mecanismos previstos en el RD-ley 8/2020.

2. **Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 34 del RD-ley 8/2020: a qué contratos públicos se refiere**

- 2.1 La primera cuestión que suscita el artículo 34 del RD-Ley 8/2020 es si aplica a todos los contratos públicos o únicamente a los sujetos a determinadas leyes.
- 2.2 Esta duda interpretativa se debe a que el apartado 7 del artículo 4 del RD-ley 8/2020, introducido por el RD-ley 11/2020, indica que a los efectos de ese artículo sólo tendrán la consideración de "contratos públicos" los que, con arreglo a sus pliegos, estén sujetos a: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2017); o al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCS 2011); o a la Ley 31/2007, de 30 de octubre, de sectores excluidos; o Libro I del Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero; o a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.
- 2.3 De acuerdo con una interpretación literal de este precepto, quedarían fuera del ámbito de aplicación del artículo 34 del RD-ley 8/2020 los contratos sujetos a normativas de contratación anteriores –es decir, a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP 2007), al 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 (TRLCAP 2000), a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP 1995), al Texto articulado de la Ley de Contratos del estado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril (LCE 1965) o a la Ley 48/1998, de 30 de diciembre de sectores excluidos-.

¹ Informe de 1 de abril de 2020 de la Abogada General del Estado, online en: https://contrataciondelestado.es/wps/wcm/connect/08a12475-b913-49e4-ac22-856cbff9bd7/report_INFORME+ART.+34.+RDL+8-2020.+MIN+TRANSPORTES.pdf?MOD=AJPERES
Informe 394/20 de 2 de abril de 2020 del Abogado del Estado-Jefe, online en: <http://www.cepco.es/Uploads/docs/20200406%20Abogac%EDA%20Estado%20Contratos%20p%Fablicos%20Direcc%20General%20Carreteras%20ART%2034RDL.pdf>

2.4 Somos conscientes de la literalidad del artículo 34.7 del RD-ley 8/2020 y, asimismo, que existe una tendencia doctrinal que abona una interpretación literal². No obstante lo anterior, y bajo nuestro punto de vista, cabe también una interpretación menos restrictiva del apartado 7 del artículo 34 del RD-Ley 8/2020, que permitiría incluir dentro de su ámbito subjetivo de aplicación a todos los contratos públicos en ejecución, con independencia de su fecha de adjudicación y de la normativa que los rijan.

Son varios los posibles argumentos:

- (a) Con base en los principios de igualdad y no discriminación y en una interpretación finalista y sistemática del artículo 34 del RD-ley 8/2020, no se encuentra el sentido de excluir del concepto de "contratos públicos" a aquellos contratos sujetos a la LCE 1965, la LCAP 1995, el TRLCAP 2000 o a la LCSP 2007, ya que no existe ninguna particularidad de estos contratos respecto de los sujetos a la LCSP 2017 y del TRLCSP 2011 que justifique la necesidad de separarse del régimen general previsto en el artículo 34 del RD-ley 8/2020. Los efectos del COVID-19 y de las medidas adoptadas para combatirlo operan de igual manera para todos los contratos públicos con independencia de la normativa a la que se sujeten. Iguales efectos justifican mismas medidas. La diferencia de trato podría incurrir en interdicción de la arbitrariedad y discriminación entre unos contratistas/concesionarios y otros.

En línea con ello, carece de sentido que el nuevo apartado 7 del artículo 34 del RD-ley 8/2020 contenga un listado *numerus clausus* de contratos públicos cuando la realidad es que existen innumerables contratos públicos vigentes y sujetos a normativa anterior, desplegando plenamente efectos.

Conviene destacar en este sentido que la Abogacía General del Estado ha acogido, en varios informes relativos al COVID-19, una interpretación finalista similar del RD-ley 8/2020³.

² Entre otros, Dña. Ximena Lazo Vitoria quien, en un artículo titulado "Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico?" publicado en el Observatorio de Contratación Pública el 7 de abril de 2020 (online en: <http://www.obcp.es/opiniones/contratos-de-concesion-y-covid-19-una-solucion-ad-hoc-para-el-reequilibrio-economico>), afirma que "cualquier otra concesión (que se rija por otras normas distintas de las mencionadas de forma expresa) no entra en el supuesto del art. 34.4 RD-ley 8/2020". En el mismo sentido, en la nota-resumen publicada por CEOE-Tenerife sobre el RD-ley 11/2020 se señala que "todos aquellos contratos que por su antigüedad y en aplicación del régimen transitorio se rijan por una Ley anterior a las señaladas, quedarían excluidos del RDL 8".

³ Así, por ejemplo, la Abogacía General del Estado, un informe de 14 de abril de 2020 (Ref.: A.G. ENTES PÚBLICOS 31/2020, R-344/202), acude a una *ratio iuris* similar para concluir que el artículo 34 del RD-ley 8/2020 aplica también a contratos privados de entidades del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador. En dicho informe, la Abogacía del Estado sostiene que, a la hora de interpretar artículo 34 del RD-ley 8/2020 se ha de atender "al espíritu y finalidad de la norma, que es el principal criterio hermenéutico con el que ha de ser interpretada según las reglas que a tal efecto establece el artículo 3.1 del Código Civil". Desde esta óptica interpretativa, la Abogacía del Estado, concluye que, "desde el punto de vista de la finalidad tuitiva de la norma, no tendría sentido, por ejemplo, que se privara de la protección otorgada por el RDL 8/2020 a un adjudicatario que ha contratado con una entidad pública en virtud de un instrumento sometido en sus efectos y extinción al Derecho privado, mientras que si tuviera dicha protección un adjudicatario de un contrato celebrado por otra entidad pública sometido en este último caso al Derecho público, cuando, por un lado, ambos contratistas forman parte del mismo "tejido productivo" al que se refiere la Exposición de Motivos del RDL 8/2020 y están sometidos de igual forma a los efectos económicos y sociales adversos derivados de la pandemia, y, por otro lado, ambas entidades públicas buscan, en definitiva, la satisfacción de intereses generales y públicos, por más que se articulen jurídicamente de modo diferente". Ver informe online en: <https://contratodeobras.com/images/Informe-AGE-14-de-abril.pdf>.

Una línea argumentativa similar la podemos encontrar en los ya citados Informes de la Abogacía General del Estado de 1 y 2 de abril de 2020, en los que, trascendiendo de una interpretación estrictamente literal del RD-ley 8/2020, se señala que "dado que se trata de una norma excepcional, dictada para hacer frente a una situación que también lo es, y teniendo en cuenta que los perjuicios que se pretenden evitar son independientes de la fecha de adjudicación de los contratos vigentes y de la concreta normativa por la que éstos se rijan (TRLCSP o LCSP), ha de entenderse que el artículo 29.4, en los

- (b) Hemos señalado que no se encuentra la lógica de acoger una interpretación literal que pretenda excluir del ámbito de aplicación del RD-ley 8/2020 a los contratos sujetos a una normativa distinta a la LCSP 2017 o al TRLCSP 2011, excluyendo así una infinidad de contratos públicos, de análoga naturaleza a los anteriores y plenamente vigentes, pero sujetos a otra normativa por razones puramente temporales del momento en que fueron adjudicados.

Sería aceptable ese hecho diferencial si existiera una racionalidad, finalidad o justificación para ello. Pero cuesta encontrar tanto unas como otras.

Respecto a la racionalidad o finalidad de introducir un apartado 7 del artículo 34 del RD-ley 8/2020, se nos ocurren varios posibles motivos:

- (i) extender su aplicación a todos los contratos suscritos por cualesquiera entidades del sector público, según se definen en el artículo 3 de la LCSP 2017, y dado que las leyes anteriores a la LCSP 2017 contenían una definición menos específica o extensiva⁴;
- (ii) dejar claro que las medidas del artículo 34 del RD-ley 8/2020 aplican única y exclusivamente a los contratos públicos sujetos a la normativa del sector público y no a otras figuras como convenios, subvenciones o subcontratos; o
- (iii) que el artículo 34 del RD-ley 8/2020 aplica a todos los contratos sujetos a la normativa de contratación, con independencia de su cuantía (SARA, no SARA o menores) o de si tienen carácter administrativo o privado⁵ (aunque en este caso la redacción sería bastante confusa ya que, en términos generales, la ejecución de los contratos privados no está sujeta a la normativa de contratación pública ni tampoco los contratos de los sectores excluidos).

Pero ninguna de esas posibles finalidades parece fundamentar con racionalidad suficiente la exclusión de unos contratos vigentes sector público, simplemente por el hecho de someterse a una normativa distinta en función de la fecha de adjudicación.

- (c) Tampoco se encuentra una justificación suficiente en los Reales Decretos-leyes. Si la intención era excluir del ámbito de aplicación del artículo 34 del RD-ley 8/2020 a los contratos sujetos a la LCE 1965, la LCAP 1995, el TRLCAP 2000 o la LCSP 2007, llama la atención que no se incluya mención explícita al respecto en las Exposiciones de Motivos de los Reales Decretos-leyes.

términos previstos en el penúltimo párrafo del artículo 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020, resulta aplicable a todos los contratos de servicios o suministros de prestación sucesiva que se encuentren en vigor en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, incluidos los que se adjudicaran bajo la vigencia del TRLCSP". No obstante, se ha de advertir que en dichos Informes de la Abogacía General del Estado únicamente se citan la LCSP 2017 y el TRLCSP 2011, por lo que no despejan la duda sobre si el RD-ley 8/2020 aplica a contratos regidos por normativa previa al TRLCSP 2011.

⁴ Esta es la interpretación que se apunta en el estudio titulado "Modificaciones introducidas en la normativa de contratación pública y de cómputo de plazos, por el Real Decreto-ley 11/2020 (BOE 01/04/20)" (rev. 2) publicado el 2 de abril de 2020 en la web contratodeobras.com, online en: https://contratodeobras.com/images/RDL-11_2020_Modificaciones-en-el-articulo-34-del-RDL-8_2020-y-la-LCSP_Rv-02.pdf

⁵ Esta parece que podría ser la interpretación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIReScon) sostiene en su Informe sobre el "Impacto en la contratación pública de las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma como consecuencia del COVID-19" (pág. 37), disponible online en: <https://www.hacienda.gob.es/ES/RSC/Documents/03-04%20OIRESCON%20COVID-19.pdf>

En particular, la Exposición de Motivos del RD-ley 11/2020 (que incluye el controvertido apartado 7 en el artículo 34 del RD-ley 8/2020) no explica, menciona ni justifica que las medidas aprobadas no sean de aplicación a contratos sujetos a leyes de contratos del sector público anteriores al TRLCSP 2011. Simplemente indica que "*a los efectos de aplicación del artículo 34 sólo tienen la consideración de contratos públicos aquellos que con arreglo a sus pliegos estén sujetos a la Ley de Contratos del Sector Público o a la de sectores excluidos*".

Parecería que la mención a los contratos sujetos "*a la Ley de Contratos del Sector Público*" es extensible a la LCSP 2007, que es, precisamente, de ese mismo título, al igual que (lógicamente) el TRLCSP 2011 y la actualmente vigente LCSP 2017 (aunque el título de esta última vaya acompañado de "*por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE*"). Y, respecto a las normas anteriores a la LCSP 2007, lo cierto es que aunque tuviesen una denominación ligeramente diferente (leyes de contratos de las Administraciones Públicas, LCAP 1995 y TRLCAP 2000), regulaban la misma materia.

- (d) Por otro lado, y atendiendo al régimen transitorio de aplicación de la normativa de contratación pública, se advierte que todas las sucesivas leyes de contratación pública han incluido disposiciones transitorias en las cuales se indica que los contratos se deben regir por la normativa vigente en el momento de su adjudicación. Es decir, la actual normativa de contratación pública se compone de una sucesión de normas necesariamente encadenadas, y sin solución de continuidad.

Limitar los efectos del artículo 34 del RD-ley 8/2020 únicamente a los contratos sujetos a las dos últimas normas de contratación pública resultaría una interpretación contraria al marco normativo encadenado que regula (y ha regulado históricamente) la contratación pública.

- (e) Finalmente, no podemos olvidar que las normas deben interpretarse no solo en el sentido propio de sus palabras, sino en relación al contexto de los antecedentes legislativos y la realidad social del tiempo en que deben aplicarse (artículo 3 del Código Civil).

En este sentido, el contexto en el que se dictan los Reales Decretos-leyes es de extraordinaria excepcionalidad y existen múltiples disposiciones normativas dictadas en estos días, en ocasiones con referencias cruzadas entre sí, que denotan una especial intención de proteger situaciones y colectivos afectados por la crisis del COVID-19 y las medidas adoptadas.

Conocido el contexto legislativo y la realidad social del momento en que se dictan los Reales Decretos-leyes, ¿cómo es posible que unos contratos están protegidos y otros no, en función exclusivamente de la fecha en que fueron adjudicados?

3. El concepto de "Imposibilidad de ejecución"

- 3.1 El último párrafo del artículo 34.4 del RD-ley 8/2020 señala que "*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". La referida "imposibilidad de ejecución" puede calificarse como un concepto jurídico indeterminado sobre el que pivota no solo el apartado 4, sino otras medidas del artículo 34 del RD-ley 8/2020.

- 3.2 La Abogacía del Estado ha interpretado que este concepto se refiere a una "*cuestión de hecho*", exigiendo la "*inviabilidad absoluta de ejecutar el contrato, lo que no sucede cuando éste pueda continuar, aunque, debido al estado de alarma, varíe el modo en que puede ejecutarse*"⁶.

Así, y en relación con las concesiones de autopistas, la Abogacía del Estado señala 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 este sigue estando legalmente permitido.

La reducción en el número de vehículos que circula por la autopista o autovía, y la consiguiente disminución de ingresos de la concesionaria, no dan derecho al reequilibrio económico de la concesión conforme al RDL 8/2020."

- 3.3 No compartimos esta interpretación y entendemos que el concepto de "*imposibilidad de ejecución del contrato*" cubre también aquellas situaciones donde es posible ejecutar "técnicamente" el contrato pero en términos materialmente distintos a los previstos en la oferta que fue objeto de la adjudicación.

Esta interpretación se apoya, principalmente, en los siguientes argumentos:

- (a) En línea con lo que defendido por la Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES), una interpretación literal de este precepto desnaturalizaría la finalidad de la norma hasta prácticamente vaciarla de contenido, puesto que "*hay que tener en cuenta que la mayoría de las concesiones de infraestructuras y servicios públicos no se han interrumpido (ni se interrumpirán) como consecuencia del COVID-19, sino todo lo contrario. Se mantienen plenamente operativas por expresa disposición de las Autoridades gubernativas. Si bien, lo que se produce en muchos casos es una reducción drástica de los ingresos de la concesión a consecuencia directa de las restricciones a la circulación de personas impuestas por la declaración del estado de alarma o por efecto de la propia pandemia*"⁷.

Algunos ejemplos permiten ilustrar las consecuencias ilógicas, sino arbitrarias, a las que llevaría una interpretación literal como la defendida por la Abogacía del Estado, reservando el derecho al reequilibrio únicamente para aquellas concesiones cuyo cumplimiento deviniera absolutamente imposible:

- (i) Una sociedad concesionaria de autopistas que ha sido obligada a mantener abierta la prestación del servicio a pesar de una dramática caída de la circulación y, por tanto, de sus ingresos. Es decir, debe mantener abierto el servicio para permitir la circulación de vehículos y el suministro de bienes y servicios esenciales (comida, material sanitario, actividades esenciales,

⁶ Algunos organismos ya se han hecho eco de esta interpretación. Así, por ejemplo, la OIReScon señala que la "*imposibilidad de ejecución, o inviabilidad absoluta, es una cuestión fáctica*" (ver págs. 36-37 del documento citado en la nota *ut supra*).

⁷ Informe disponible online en: https://www.ccies.org/wp-content/uploads/2020/03/CCIES_RD-8-2020-NOTA-ART-34-1.pdf

etc.), pero la actividad ordinaria (el tráfico) cae materialmente como consecuencia directa de las medidas de confinamiento.

- (ii) Un aparcamiento público de rotación cuya actividad ordinaria se basa en la circulación permanente de usuarios, siendo un negocio especialmente vinculado a la actividad empresarial, comercial y de restauración, actividades todas las anteriores prácticamente cerradas. No obstante lo cual, el aparcamiento está formalmente abierto, aunque sin coches.

Y frente a lo anterior, por ejemplo, una cafetería concesionada de una escuela de negocios, en donde la Abogacía del Estado (en un informe de 30 de marzo de 2020⁸), ha reconocido el derecho al reequilibrio. Entendemos el argumento de que no tiene sentido que una cafetería siga abierta si no hay clientes, aunque técnicamente podría abrirse para servir comidas a nadie, de parecida forma que una autopista o un aparcamiento puede estar abierto, aunque no haya prácticamente usuarios o éstos disminuyan materialmente respecto a los habituales durante una gestión ordinaria.

No parece lógico que se limite el derecho a obtener una compensación, precisamente, a concesionarias que para dar respuesta a la crisis sanitaria del COVID-19, no pueden suspender totalmente su actividad; especialmente teniendo en cuenta que un gran número de ellas tienen la consideración de "operadores críticos de servicios esenciales" de acuerdo con el artículo 18 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (declaración del estado de alarma) o realizan actividades en sectores calificados como "esenciales" por el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo (reguló el "permiso retribuido recuperable").

- (b) Si lo pretendido por el Gobierno hubiera sido limitar el ámbito de esta cláusula a supuestos de imposibilidad material de ejecución, lo más razonable hubiera sido establecer un régimen específico *ad hoc* de suspensión del contrato (sin olvidar que la normativa de contratación pública vigente no regula la suspensión de los contratos de concesión), especialmente para concesiones de imposible cumplimiento con obligaciones de pago de cánones periódicos, utilizando así una sistemática análoga a los contratos de obras, servicios y suministros.

Sin embargo, no habiéndose optado por la suspensión de los contratos de concesiones de obra pública y servicios, seguramente atendiendo a su naturaleza, se decanta el artículo 34.4 del RD-ley 8/2020 por el reconocimiento del equilibrio económico, concepto igualmente idóneo con la naturaleza de estos contratos.

Pero lo que no tiene sentido alguno, traída hasta aquí la reflexión, es que el derecho al reequilibrio se restrinja finalmente a supuestos análogos al de la suspensión del contrato, como sería la imposibilidad absoluta de ejecución. Es decir, no se regula la suspensión (que daría derecho a compensación) pero se limita el reequilibrio a la imposibilidad absoluta de ejecución (según criterio de la Abogacía del Estado). No podemos aceptar esta interpretación pues, en realidad, el derecho al reequilibrio en las concesiones está vinculado a la existencia de circunstancias que alteran la ecuación económica en el desenvolvimiento de la actividad ordinaria, y no tanto al cierre absoluto del servicio.

- (c) No olvidemos, por otro lado, que el artículo 34.4 del RD-ley 8/2020 señala que el cálculo de la compensación debe tener en cuenta *"la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados (...) respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión"*. Es decir, el parámetro de referencia para el cálculo de la compensación es la diferencia entre la *"ejecución ordinaria"* del contrato (en condiciones de normalidad según la oferta adjudicataria) y la ejecución en una situación tan extraordinaria como la generada por el COVID-19.

A favor de esta interpretación se encuentra el hecho de que el párrafo segundo del artículo 34.4 indica que el reequilibrio *"...en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados..."*. El precepto se refiere también a la pérdida o minoración de ingresos de la concesión, pero no a su cesación total. También se refiere a *gastos salariales adicionales*, lo que parece referirse a concesiones cuya actividad se mantiene durante la crisis.

- (d) Dado que el artículo 34 del RD-ley 8/2020 no define qué se entiende por *"imposibilidad de ejecución del contrato"*, como criterio interpretativo adicional, podemos acudir, con cautela, a lo dispuesto en el artículo 211.1.g) de la LCSP 2017, que no asocia la imposibilidad de ejecutar la prestación con una inviabilidad material absoluta, sino con una alteración sustancial respecto de *"los términos inicialmente pactados"*.

Dicho lo cual, en nuestra opinión, se ha de tener cautela al acudir a la jurisprudencia recaída sobre dicho precepto, ya que regula un supuesto de resolución contractual, no de reequilibrio. De acuerdo con nuestra interpretación, el concepto de *"imposibilidad de ejecución del contrato"* del artículo 34 del RD-ley 8/2020 se trata de un concepto autónomo con matices que lo diferencian del previsto en los artículos 211.1.g) y 279.e) de la LCSP 2017.

4. El periodo indemnizable: la **"duración de la situación de hecho creada por el COVID-19"**

- 4.1 El artículo 34.4 del RD-Ley 8/2020 indica que, en todo caso, se ha de compensar (i) la pérdida de ingresos y (ii) el incremento de los costes soportados (entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado), *"durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19"*.
- 4.2 Como se puede apreciar, este artículo no limita los conceptos indemnizables a aquéllos que se materialicen estrictamente durante la *"situación jurídica"* del periodo que comprende hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma (Disposición final décima del RD-ley 8/2020), sino que extiende sus efectos a la duración de la *"situación de hecho"* creada por el COVID-19. Estamos, nuevamente, ante una redacción bastante confusa, por cuanto no se sabe qué hechos son los que provoca el COVID-19 y hasta qué momento se extienden; podría interpretarse que el *"hecho"* a que se refiere es la declaración del estado de alarma, pero incluso esa posibilidad exigiría una labor interpretativa dudosa.

- 4.3 De acuerdo con lo anterior, y reiterando que esta cuestión puede dar lugar a distintas interpretaciones, creemos defendible, atendiendo a la redacción del artículo 34 del RD-ley 8/2020, que las concesionarias argumenten que la compensación debería cubrir la pérdida de ingresos y el incremento de costes más allá del mes desde el fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma previsto en la Disposición final décima del RD-ley 8/2020.
- 4.4 Pero incluso en el caso de que se adoptara una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación temporal de los conceptos indemnizatorios, creemos que para aquellos conceptos que quedaran extramuros del artículo 34.4 del RD-Ley 8/2020 se podría acudir, como exponemos a continuación, a las figuras de compensación que contempla la normativa general (*factum principis* y riesgo impredecible, fuerza mayor, responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas o del Estado Legislador, etc.).

5. La aplicación de los mecanismos de compensación previstos en la normativa general

- 5.1 Resulta necesario hacer una breve mención a cómo deben operar los mecanismos de compensación previstos en la normativa general administrativa y de contratación pública y cuál ha de ser su relación con lo previsto en la norma especial recogida en el artículo 34.4 del RD-Ley 8/2020.
- 5.2 Esta mención cobra especial relevancia a la luz de los ya referidos informes de la Abogacía del Estado de 1 y 2 de abril de 2020 en los que se sostiene que estos mecanismos generales no serían aplicables. En concreto, en relación con las concesiones de autopistas, se señala lo siguiente:

"Igualmente, se estima que esa reducción de vehículos e ingresos tampoco sería 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 de obras con base las normas generales aplicables al contrato de concesión (por ejemplo, el vigente 270.2 de la LCSP). Esto se justifica por las razones siguientes:

- Porque 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.

- Porque la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del Covid-19 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."

Diferimos de las anteriores conclusiones por diversos motivos que exponemos a continuación.

- 5.3 Con carácter previo, cabe destacar que el artículo 34 del RD-ley 8/2020 es una norma de rango legal especial, de efectos temporales limitados y de aplicación preferente frente a la legislación ordinaria de contratos públicos en aquellos supuestos expresamente regulados por aquella.

De conformidad al artículo 4 del Código Civil, las normas excepcionales y las temporales han de ser objeto de interpretación restrictiva, por lo que, en principio, la aplicación analógica o extensiva de los preceptos incluidos en el RD-ley 8/2020 no estaría permitida, ni sirve para rellenar lagunas normativas no cubiertas por otros textos legales.

Ahora bien, dicho lo anterior, las previsiones de una norma especial tampoco deben impedir la aplicación de una normativa general que resulte compatible con aquella. Ello significa que el artículo 34 del RD-ley 8/2020, como norma especial, puede ser compatible con otros derechos recogidos en la normativa general de contratación y que la condición de norma especial del RD-ley 8/2020 no anula la posibilidad de acudir a la legislación ordinaria de contratos públicos para resolver incidencias contractuales u otras cuestiones relacionadas con el COVID-19 cuando no se opongan o estén expresamente reguladas por el RD-ley 8/2020.

- 5.4 El RD-ley 8/2020 no regula todas las consecuencias que el COVID-19 puede generar en los contratos. De esta manera, aquellos aspectos que no queden expresamente regulados por el RD-ley 8/2020 se deberán regir por la normativa general de contratación pública, siempre que exista margen de aplicación de dicha normativa.

Y ello con mucha mayor razón respecto a los contratos públicos anteriores a la LCSP 2017 y al TRLCSP 2011 si se acepta la interpretación de que los Reales Decretos-leyes no aplican a esos contratos (aunque como hemos expuesto en el apartado 2 no coincidimos con esa interpretación). De admitirse esa interpretación, es evidente que no habría normativa especial relacionada con el COVID-19 para los contratos públicos anteriores a la LCSP 2017 y al TRLCSP 2011, y que solo procedería la aplicación general de contratación aplicable a los mismos.

- 5.5 Respecto al primer supuesto antes apuntado, esto es, a la posible compatibilidad de la norma especial del artículo 34.4 del RD-ley 8/2020 con la normativa general en materia de reequilibrio económico-financiero, entendemos que la interpretación correcta es la siguiente:

- (a) Los supuestos de compensación que se produzcan "*durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19*" (con todas las dudas interpretativas de esta expresión, según hemos apuntado) se deberán regular por las previsiones del RD-ley 8/2020, con las precisiones que mencionamos a continuación, y no tanto por la normativa general de contratación pública.
- (b) Pero lo anterior no debe significar que si los efectos de la crisis se extienden más allá "*del periodo de situación de hecho creada por el COVID-19*", produciendo un efecto material adverso en la economía de las concesiones, no pueda aplicarse, respecto a ese periodo extendido, la normativa general de contratación pública, en los términos que procedan.

Se produciría así una doble fase de compensación y regulación: (i) la "*del periodo de situación de hecho creada por el COVID-19*", y hasta que esa fase acabe (lo que ello

signifique), por la normativa especial del RD-ley 8/2020⁹; y (ii) la del periodo en exceso a la "*situación de hecho*" creada por el COVID-19, por la normativa general de contratación pública, si existen fundamentos para ello.

No obstante, y según lo dicho anteriormente, respecto a los contratos públicos anteriores a la LCSP 2017 y al TRLCSP 2011, si se acepta la interpretación de que los Reales Decretos-leyes no aplican a esos contratos (sobre la que disentimos), no habría dos fases, sino solo una, pues procedería la aplicación de la normativa general de contratación aplicable a los mismos, siempre que hubiera fundamento para ello.

5.6 Pero lo anterior no puede significar, como afirma la Abogacía del Estado, que el artículo 34 del RD-ley 8/2020 no permita la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones para renegociar los contratos de concesión y producir, en sus palabras, "*efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020*".

El RD-ley 8/2020 ni lo permite ni lo prohíbe expresamente.

Los límites de la aplicación de la normativa general y el art. 34 del RD-ley se han de abordar desde dos perspectivas:

(a) Desde una perspectiva temporal, es verdad que el artículo 34.4 del citado RD-ley establece un régimen especial de compensación respecto a la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados (en todo caso), durante el "*periodo de situación de hecho creada por el COVID-19*" y, por ello, durante ese periodo solo cabrá exigir una compensación en los términos del artículo 34.4 del RD-ley 8/2020 y no renegociar otros términos ni otra extensión. Coincidimos en ese punto.

Pero ello no puede significar que el RD-ley 8/2020 prohíba la aplicación de la normativa general de contratación pública más allá de su ámbito temporal de aplicación (el periodo de situación de hecho creada por el COVID-19), como tampoco es posible aceptar que las consecuencias del COVID-19 no se puedan extender más allá de la "*situación de hecho creada por el COVID 19*", lo que quiera que esta frase signifique. Si el impacto de la crisis sanitaria del COVID-19, y las medidas adoptadas con motivo de la misma, provocan una crisis económica que produce una caída significativa del tráfico de las autopistas o de los usuarios de aparcamientos (por seguir los ejemplos anteriores) no puede aceptarse que la posible compensación de las concesionarias se vea "capada", exclusivamente, al tiempo y a los conceptos previstos en el art. 34.4 del RD-ley 8/2020.

Si lo anterior se produce, entendemos que la situación deberá analizarse al amparo de la normativa general de contratación pública y la particular que resulte aplicable a cada concesión. Y no decimos que necesariamente habrá un derecho a

⁹ De hecho, en principio, el régimen especial de reequilibrio del RD-ley 8/2020 resulta más beneficioso para las concesionarias que el régimen general, ya que: (i) reconoce expresamente el derecho de las concesionarias a ser compensadas sin necesidad de acudir a las teorías del riesgo imprevisible, *factum principis*, *ius variandi* o fuerza mayor; y (ii) establece que el "*reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados*", previsión imperativa y que evitan tener que realizar complejos ejercicios de cálculo para determinar si, de acuerdo con la TIR de oferta y otros parámetros económicos de la concesión, esta circunstancia rompe el equilibrio del contrato en su conjunto atendiendo a la duración del periodo concesionado. Nótese, por otro lado, que se reconoce el derecho a la compensación, "en todo caso", por la pérdida de ingresos y el incremento de costes soportados, lo cual parece abrir la puerta a que se **compensen otros conceptos adicionales** a los dos anteriores, que serán reconocidos "*en todo caso*".

compensación, sino que deberá analizarse a la luz de esa normativa y determinar, caso a caso, si procede o no. Pero no puede negarse esa posibilidad con el argumento de que el RD-ley 8/2020 ha regulado un régimen de compensación único y universal por los efectos del COVID-19.

- (b) Desde una perspectiva material, de acuerdo con la interpretación de la Abogacía General del Estado, si la situación del COVID-19 no genera una “*inviabilidad absoluta de ejecutar el contrato*”, las concesionarias no tendrían derecho a solicitar un reequilibrio ni a través del RD-ley 8/2020 ni tampoco atendiendo a la normativa general.

No obstante, bajo nuestro criterio, e incluso si asumimos a meros efectos dialécticos la interpretación restrictiva de la Abogacía del Estado sobre el concepto de “*imposibilidad de ejecución*” (interpretación que no compartimos según se lo expuesto en el apartado 3 de esta nota), no se podría vedar completamente la aplicación de la normativa general.

Bajo nuestro criterio, y reiteramos lo dicho anteriormente, el juego entre la normativa general y la específica operaría de la siguiente manera:

- (i) En caso de “imposibilidad material” (en los términos y por el tiempo que resulte), la compensación se debería articular de acuerdo con los términos del art. 34.4 del RD-ley 8/2020.
- (ii) El resto de supuestos no expresamente regulados (ni excluidos) por el RD-ley 8/2020 se deberán regir por la normativa general de contratación pública, siempre que concurren los requisitos a los cuales nos referimos en los siguientes párrafos.

De nuevo, como indicábamos en el apartado anterior, en estos casos no habrá un derecho automático a la compensación, sino que deberá analizarse a la luz de la normativa y principios generales para determinar, caso a caso, si procede o no

- 5.7 Y llegados a ese punto, en los términos expuestos, entendemos que se podrá acudir a la normativa de contratación pública general para solicitar la incoación de un procedimiento de reequilibrio o de compensación, con el resultado que proceda.

En este sentido, recordar lo siguiente:

- (a) ***Factum principis y riesgo impredecible***

La jurisprudencia ha definido el *factum principis* como aquel supuesto en que la Administración adopta una medida, con eficacia para imponerse en la ejecución del contrato, con un cierto grado de imprevisión y causante de un daño evaluable que, sin estar directamente dirigida a incidir en la economía del contrato, lo hace, de manera que su cumplimiento resulta más oneroso para el concesionario.

Atendiendo a esta delimitación del concepto de *factum principis*, resulta en nuestra opinión precipitado descartar que las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades Autónomas o la Administración local para combatir el COVID-19 no respondan a dicha figura.

En particular, en relación con los contratos de concesión de autopistas, por ejemplo, hay argumentos para defender que la reducción de ingresos derivada de la reducción de vehículos provocada como consecuencia de las medidas adoptadas para combatir el COVID-19 debe ser equiparable a una "*circunstancia imprevisible*" en los términos contemplados por la abundante jurisprudencia que ha analizado y definido los límites de este concepto¹⁰.

(b) **Fuerza mayor**

En cuanto a la equiparación de esta circunstancia a un supuesto de fuerza mayor, se ha de advertir que el apartado 4 del artículo 34 del RD-ley 8/2020 (contratos de concesiones), a diferencia del apartado 3 del artículo 34 (contratos de obras), no excluye, como afirma la Abogacía del Estado, que la situación de hecho por el COVID-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor ni tampoco declara expresamente inaplicable los artículos de la legislación de contratos referidos a la fuerza mayor.

El hecho de que el apartado 3 del artículo 34 del RD-ley 8/2020 excluya expresamente la aplicación de los artículos 239 de la LCSP 2017 y 231 del TRLCSP 2011 (fuerza mayor) para los contratos de obras podría entenderse apriorísticamente en el sentido de que la situación provocada por el COVID-19 cae fuera del ámbito material de la fuerza mayor. Pero la realidad es que ese artículo parece referirse a los "efectos" previstos en los referidos artículos de la normativa de contratación para los contratos de obras (aunque no así para las concesiones). Es decir, la cita de los artículos 239 de la LCSP 2017 y 231 del TRLCSP 2011 (fuerza mayor), parece referirse a la exclusión de determinados conceptos compensatorios mencionados en los artículos 239 de la LCSP 2017 y 231 del TRLCSP, pero no tanto a que no exista un ámbito sustantivo de fuerza mayor, lo cual, nuevamente, debería analizarse al amparo de la normativa y jurisprudencia que configura ese concepto.

Si la situación generada por el COVID-19 no tuviera encaje material como causa de fuerza mayor, carecería de sentido –por superflua e irrelevante– la exclusión expresa de los artículos de la LCSP 2017 y del TRLCSP 2011 que regulan sus efectos.

En este sentido, simplemente apuntar que si bien las pandemias no están contempladas expresamente en los supuestos de fuerza mayor previstos en el artículo 239 de la LCSP 2017¹¹, no se debe descartar necesariamente que, en línea con lo previsto en otros ámbitos del derecho como el civil o laboral (artículos 22 y 24 del RD-ley 8/2020), se extienda la consideración de fuerza mayor de esta circunstancia a la esfera de la contratación pública.

¹⁰ Por todas, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de mayo de 2011, por la cual se reconoce el derecho al reequilibrio económico del contrato de concesión de obra pública para la construcción y explotación de la autovía AP-41 derivado del hecho de que no se construyó una prolongación del tramo de autopista concesionado y que la falta de ejecución de dicha prolongación generó un impacto económico negativo para el concesionario puesto que hizo que el número de vehículos que utilizaban la autopista fuera inferior al que habría existido en el supuesto de que las obras se hubiera llegado a ejecutar.

¹¹ Adviértase que, adoptando una interpretación amplia, se podría razonar que esta circunstancia, si bien no se encuentra expresamente prevista, se debe asimilar a "*alteraciones graves del orden público*" (artículo 239.2.c de la LCSP 2017) o que la pandemia del COVID-19 se ha de equiparar a un "*fenómeno natural de efectos catastróficos*", a pesar de que las pandemias no se encuentren mencionadas en el artículo 239.2.b de la LCSP 2017 (se refiere a fenómenos naturales como "*maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes*").

Se ha de tener en especial consideración que los efectos y consecuencias derivados de la crisis del COVID-19 son de una magnitud y gravedad incluso superior a aquellos derivados de algunos supuestos expresamente previstos en la normativa de contratación pública, por lo que, a pesar de que la jurisprudencia tradicionalmente haya considerado que las causas de fuerza mayor son de carácter tasado y de interpretación restrictiva, no debe descartarse que, atendiendo al espíritu de la norma, la pandemia del COVID-19 pudiera encajar en ese concepto. Pero ello excede del objeto de esta nota.

(c) **Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas y del Estado Legislador**

Por último, apuntar igualmente que no debería descartarse la aplicación, en determinadas circunstancias, de la figura de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas o del Estado Legislador en los términos previstos en el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en cuyo apartado primero se señala que *"los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley"*.

Contactos



Lucas Osorio
Socio, Madrid
T +34 91 359 82 39
lucas.osorio@hoganlovells.com



Santiago Garrido
Socio, Madrid
T +34 91 359 81 59
santiago.garrido@hoganlovells.com



Borja Fernández
Asociado junior, Madrid
T +34 91 359 80 35
borja.fernandez@hoganlovells.com

www.hoganlovells.com

"Hogan Lovells" o "la firma" se refiere a la práctica legal internacional que incluye Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP y sus filiales.

El término "partner" (socio) se emplea para designar al socio o miembro de Hogan Lovells International LLP, de Hogan Lovells US LLP y de cualquiera de sus filiales, a cualquier empleado o consultor de posición equivalente, así como a ciertas personas, que se denominan socios, pero que no son miembros de Hogan Lovells International LLP y que no ostentan una cualificación equivalente.

Para más información acerca de Hogan Lovells, los socios y sus cualificaciones, consultar la página web www.hoganlovells.com.

Los resultados anteriores no garantizan un resultado similar. Publicidad de abogados. Las personas que aparecen en las imágenes pueden ser abogados o empleados, en la actualidad o en el pasado, o modelos sin conexión con la firma.

© Hogan Lovells 2020. Todos los derechos reservados.