

**CÁMARA DE CONCESIONARIOS DE INFRAESTRUCTURAS,
EQUIPAMIENTOS Y SERVICIOS PÚBLICOS (CCIES)**

***NOTA SOBRE EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 34.4
DEL REAL DECRETO -LEY 8/2020, DE MEDIDAS
URGENTES ECONÓMICAS Y SOCIALES SOBRE EL
COVID 19, EN RELACIÓN CON LOS CONTRATOS DE
CONCESIÓN DE OBRAS Y SERVICIOS***

.....

18 de marzo de 2020

Alberto Dorrego

I. Introducción: El Real Decreto-Ley 8/2020.

1. El Consejo de Ministros, en su reunión celebrada el 17 de marzo de 2020, aprobó un paquete de medidas urgentes en el ámbito económico y social para hacer frente a la crisis del COVID-19.
2. Dichas medidas se han plasmado en 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* (en adelante “**RDL**”), que se ha publicado en el BOE, 18 de marzo de 2020, entrando en vigor en mismo de su publicación oficial (Disposición Final Novena).
3. Según establece la Disposición Final Décima, las medidas previstas en el RDL mantendrán su vigencia durante el **plazo de un mes** desde su entrada en vigor, sin perjuicio de que, previa evaluación de la situación, se pueda prorrogar su duración por el Gobierno mediante un nuevo Decreto-Ley. No obstante lo anterior, aquellas medidas previstas en el RDL que tienen plazo determinado de duración se sujetarán al mismo.
4. Debe tenerse en cuenta que conforme a lo establecido en el artículo 86.2 de la Constitución el RDL ha de ser sometido a la convalidación del Congreso de los Diputados en el plazo de 30 días, quedando derogado automáticamente en el supuesto de no obtener una votación favorable de totalidad sobre su texto.
5. Tras la convalidación parlamentaria, el Congreso de los Diputados (en la misma sesión) podría acordar su tramitación como proyecto de ley, lo cual es relativamente frecuente en la práctica (al menos en condiciones no excepcionales, como las que actualmente concurren). Si se acordara su tramitación como proyecto de ley podría ser objeto de enmiendas por los grupos parlamentarios y eventuales modificaciones de su texto.
6. El hecho de que en la actualidad concorra una situación de estado de alarma, regulada en el artículo 116.1 de la Constitución, y desarrollada en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y de sitio, no modifica la necesidad de obtener la convalidación parlamentaria del RDL.
7. Las medidas urgentes contenidas en el RDL son de muy diverso tipo:
 - (i) medidas sociales de apoyo a los trabajadores, familias y colectivos vulnerables,
 - (ii) medidas de flexibilización de la legislación laboral en materia de ajustes temporales de plantillas,

- (iii) medidas para facilitar la liquidez de las empresas y la continuidad de su actividad, y
 - (iv) medidas de apoyo a la investigación del COVID 19.
8. Entre las medidas económicas adoptadas se encuentran un conjunto de disposiciones legales autónomas (no modificativas de otras normas legales) relativas a los **contratos del sector público**, que se contienen en el artículo 34 del RDL.
 9. Es decir, un conjunto de disposiciones normativas orientadas a regular los efectos de la pandemia del COVID 19 y de las medidas adoptadas por el Gobierno para su control (señaladamente la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) sobre los contratos en vigor con las Administraciones y entidades del sector público.
 10. Principalmente se trata de disposiciones normativas que contemplan los efectos derivados de la imposibilidad de ejecutar determinados contratos públicos o de la imposibilidad de cumplirlos por el empresario conforme a lo establecido en los documentos contractuales.

II. El tratamiento de los contratos de concesión de obras y servicios en el RDL 8/2020.

11. Dentro del artículo 34 del RDL, el **apartado 4** contempla específicamente la situación jurídica de los **contratos de concesión de obra y concesión de servicio** que se encuentren vigentes a fecha de la entrada en vigor del RDL (18 de marzo de 2020).
12. Esta norma afecta a los contratos de concesión de obra y a los contratos de concesión de servicio otorgados por entidades del sector público incluidas en el ámbito de aplicación (art. 3) de la ley 9/2017, de 8 de noviembre (en adelante “**LCSP**”).
13. En todo caso, es razonable interpretar que incluye también los contratos de análoga naturaleza otorgados conforme a la legislación anterior, que en este ámbito son muy numerosos, aunque su denominación fuere distinta (v.gr. gestión de servicio público). Y, también a los contratos de análoga naturaleza concesional regulados en la legislación especial (transporte regular de viajeros por carretera, autopistas ...etc.), a los que de forma natural se aplica la legislación general de contratos del sector público, incluso con la previsión expresa de su legislación especial o en los contratos concesionales.
14. Es también razonable considerar la extensión por analogía de las reglas de este precepto legal a los supuestos de concesiones patrimoniales que *materialmente* son asimilables a las concesiones de servicios o de naturaleza híbrida, cuyos documentos concesionales se remiten muy frecuentemente a la legislación de contratos del sector público.

15. El apartado 4 del artículo 34 consta de tres párrafos que disponen literalmente lo siguiente:

*“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.”

16. La redacción de este precepto en el texto de la propuesta que se sometió a consideración del Consejo de Ministros era muy distinta la redacción finalmente aprobada.
17. En dicha propuesta (párrafo primero) se establecía expresamente que “... *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, **tendrán la consideración de fuerza mayor**, dando derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato...*”. Asimismo, en dicha propuesta de texto de RDL no figuraba el párrafo tercero del (ahora) apartado 4 del artículo 34.
18. Ello significa que la versión finalmente aprobada del artículo 34.4 ha introducido dos cambios muy relevantes y significativos en el texto:
- (i) En primer lugar, no ha definido la “...**situación de hecho**...” de la pandemia y las medidas restrictivas y compulsivas adoptadas por el Gobierno, las CC.AA. y las

EE.LL. (principalmente el estado de alarma) como un supuesto *ex lege* de **fuerza mayor**.

Ello hubiera significado extender el concepto muy acotado de fuerza mayor en la legislación de concesiones, que se circunscribe a los supuestos del art- 239.2 de la LCSP.

- (ii) En segundo lugar, la inclusión del párrafo tercero en este precepto parece limitar sus efectos (“...**solo procederá**...”) a aquellos supuestos se declare administrativamente, a instancia del interesado, “...*la imposibilidad de ejecución del contrato*...” como consecuencia de la situación de hecho de la pandemia o de las medidas gubernativas adoptadas para su control.
19. El hecho de que no se configure expresamente esta *situación de hecho* como un supuesto de *fuerza mayor* en el párrafo primero del art. 34.4 no es excesivamente relevante, en nuestra opinión.
 20. El RDL opta por establecer (*crear* legislativamente) un **supuesto específico** de reequilibrio económico-financiero de las concesiones asociado a la pandemia y a las medidas gubernativas. El **derecho al reequilibrio** del concesionario nace de la situación de hecho en sí, sin necesidad de la declaración como un supuesto de fuerza mayor, y sin asociarle sus efectos.
 21. El problema principal lo plantea la inclusión del párrafo tercero en el art. 34.4. Un párrafo cuya inclusión es difícilmente comprensible (salvo con una finalidad fuertemente restrictiva de la norma).
 22. Este párrafo desnaturaliza la finalidad de la norma y reduce sustancialmente su efectividad, porque solo permite este supuesto de reequilibrio concesional en el supuesto de que el contrato concesional sea declarado administrativamente (por el órgano de contratación) de “...*imposible*...” ejecución.
 23. Si este párrafo se interpretara en el sentido de que solo afecta a los contratos concesionales que sea imposible ejecutar totalmente (es decir, en los que la explotación de la infraestructura o la prestación del servicio **cesa por completo**) su eficacia sería muy reducida.
 24. 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.

25. Carecería de sentido que existiera **derecho al reequilibrio** solo cuando haya una cesación total de la prestación del contrato de concesión y no en aquellos supuestos en los que se haya producido una minoración sustancial de los usuarios y de los ingresos de la concesión por la misma causa.
26. Por ello, desde nuestro punto de vista, este párrafo no debe ser interpretado restrictivamente. O, dicho de otro modo, a favor de la finalidad de la norma.
27. El término “...imposibilidad...” de ejecución del contrato no puede ser identificada con la cesación total en la actividad de la concesión. La imposibilidad de la ejecución del contrato incluye también toda **reducción relevante de los ingresos** de la concesión **por casusa del COVID 19**, quedando afectado sustancialmente a su equilibrio económico-financiero.
28. 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 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.
29. Por otro lado, como es bien sabido, en la legislación general de contratos el artículo 211.1. g) de la LCSP asocia la imposibilidad de ejecutar la prestación con una minoración relevante de la contraprestación contractual, no con su cesación total.

III. Funcionamiento del mecanismo de reequilibrio concesional conforme al RDL 8/2020: rasgos fundamentales.

30. Por consiguiente, conforme a esta interpretación del artículo 34.4, **existe derecho al reequilibrio** cuando la pandemia COVID 19 o las medidas del Gobierno para su control generen una **minoración relevante de ingresos** o un incremento relevante de los costes del concesionario.
31. En tal caso, el concesionario tendrá derecho a ser compensado por tal pérdida de ingresos y por el incremento de los costes soportados.
32. Expresamente el artículo 34.4 del RDL declara compensables los **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.

33. La forma de llevar a cabo la compensación económica es doble:
- (i) Mediante la **ampliación de su duración** inicial hasta un máximo de un 15 por 100, o
 - (ii) Mediante la **modificación de las cláusulas de contenido económico** incluidas en el contrato. Entre ellas, (a) el incremento de las tarifas, o (b) la minoración de cánones concesionales.
34. En cuanto al procedimiento para solicitar el reequilibrio, el artículo 34.4 establece que necesariamente deberá existir (i) una previa solicitud del concesionario y (ii) la acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe de la pérdida de ingresos o de los mayores costes soportados.
35. A diferencia de lo que establecen los apartados 1 y 2 de este artículo 34, (que fijan un plazo de 5 días) **no existe un plazo** limitado para que la Administración concedente **resuelva la solicitud** del concesionario. Por tanto, se aplicarán las reglas generales de tramitación de los procedimientos de reequilibrio de las concesiones.
36. Este aspecto es muy criticable en la nueva regulación, porque no se establecen unos plazos reducidos que aporten seguridad jurídica a las empresas sobre el reconocimiento de su derecho al reequilibrio.

En CONCLUSIÓN,

Nos encontramos con una norma legal de emergencia que trata de dar respuesta al problema de las concesiones de obras y servicios que se están viendo seriamente afectadas por efecto de la crisis del COVID 19 y por las actuaciones gubernativas para su control.

La norma legal es positiva, sin duda, porque reconoce como causa de reequilibrio concesional específica la situación de hecho de la pandemia y las medidas gubernativas para su control.

Son también razonables las medidas de reequilibrio que se fijan en el RDL.

Sin embargo, resultan muy problemáticas en la nueva regulación dos cuestiones: (i) la previsión del párrafo tercero del art. 34.4, que si no es correctamente interpretada por la Administración hará muy poco eficaz esta nueva legislación de emergencia para las empresas afectadas, y (ii) la no sujeción de la Administración a un procedimiento abreviado y claro para dar respuesta a las solicitudes de reconocimiento del derecho al reequilibrio.

Los dos referidos elementos negativos deberían corregirse en una eventual modificación del RDL.