

VISIÓN DE NEGOCIO
ESTRATEGIA
Y PLANIFICACIÓN

Concesiones Públicas y Estado de Alarma

Reequilibrio económico

20 de abril de 2020

CLAVES para RECLAMAR la INDEMNIZACIÓN para los CONCESIONARIOS PÚBLICOS, por los daños sufridos por el COVID-19

RESTABLECIMIENTO ECONÓMICO DE LA CONCESIÓN

I. Introducción

El COVID-19 está generando numerosas suspensiones de contratos públicos de servicios, suministros y obras. Suspensión que da derecho a que el contratista pueda reclamar los daños y perjuicios efectivamente sufridos durante el periodo de suspensión. Pero, ¿qué pasa con las Concesiones Públicas? ¿Pueden reclamar? ¿Cómo? ¿Qué conceptos? Preguntas que resolveremos a continuación.

| CONCESIONES INCLUIDAS | PERIODO DE TIEMPO | REQUISITOS |
|------------------------|-------------------|------------|
| REEQUILIBRIO ECONÓMICO | | ALCANCE |

¿Cómo puedo activar este mecanismo?

1. **Concesiones incluidas en el ámbito de aplicación COVID-19**
2. **Periodo de tiempo al que afecta este sistema indemnizatorio.**
3. **Requisitos para ser Indemnizado.**
4. **Alcance del restablecimiento del equilibrio financiero de la concesión.**
5. **Normativa COVID 19 sobre restablecimiento económico de la concesión.**

II. Concesiones incluidas en el ámbito de aplicación COVID-19

Todas las concesiones que con arreglo a sus pliegos estén sujetas a:

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
- 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.
- Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al

ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales.

III. Periodo de tiempo al que afecta este sistema indemnizatorio

El sistema indemnizatorio de la NORMATIVA COVID 19 se aplica a todos los daños y perjuicios sufridos por los concesionarios durante el periodo comprendido entre el día 17 de marzo de 2020 y el día 26 de mayo de 2020. Periodo que podría ampliarse si se producen sucesivas ampliaciones del Estado de Alarma.

Consideraciones importantes de interpretación y alcance:

- 1º. La Disposición Final Décima del Real Decreto-Ley 8/2020 establecía que: *“Las medidas previstas en el presente real decreto ley 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 real decreto-ley**. No obstante lo anterior, aquellas medidas previstas en este real decreto-ley que tienen plazo determinado de duración se sujetaran al mismo.”*.
- 2º. Sin embargo, la Disposición Final, apartado diecisiete, del Real Decreto-Ley 11/2020, dio nueva redacción a la Disposición Final Décima del Real Decreto-Ley 8/2020 en los siguientes términos: *“Con carácter general, **las medidas previstas en el presente real decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma**. No obstante, lo anterior, aquellas medidas previstas en este real decreto-ley que tienen un plazo determinado de duración se sujetarán al mismo. Sin perjuicio de lo anterior la vigencia de las medidas previstas en este real decreto-ley, previa evaluación de la situación, se podrá prorrogar por el Gobierno mediante real decreto-ley.”*.
- 3º. **En el momento de redacción de la presente Nota Técnica (12/04/2020)**, y en virtud del Real Decreto 487/2020, el **Estado de Alarma se ha prorrogado hasta las 00:00 horas del día 26 de abril de 2020**. Por lo que siguiendo la regla de vigencia de las medidas del Real Decreto-Ley 8/2020 -esto es, hasta un mes después de la finalización del estado de alarma-, **el periodo de aplicación del sistema de indemnización contemplado en la normativa COVID 19 abarcará desde el día 17 de marzo** (entrada en vigor del Real Decreto-Ley 8/2020) **y hasta un mes después del Estado de Alarma** (esto es, un mes después del 26 de abril: 26 de mayo de 2020).

IV. Requisitos para ser Indemnizado

¿Qué requisitos tienen que darse?

- ✓ Que se haya producido una **pérdida de ingresos y/o un incremento de los costes en la concesión**, de carácter relevante, y por causa del COVID 19: quedando afectado sustancialmente su equilibrio económico-financiero.
- ✓ Que el concesionario **solicite expresamente el pago de la indemnización, acreditando fehacientemente la pérdida de ingresos y/o el incremento de los costes.**

Consideraciones importantes de interpretación y alcance:

1. La redacción literal del artículo 34.4, 3er párrafo del Real Decreto-Ley 8/2020 establece 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.”*
2. Una interpretación literal de este párrafo desnaturaliza la finalidad de la norma, pues **sólo permitiría indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios sufridos por el cierre de la concesión durante el COVID 19 (... imposibilidad de ejecución del contrato...), dejando fuera a todos los concesionarios que mantienen su actividad pero que están sufriendo actualmente una drástica reducción de ingresos y/o un incremento de costes**, derivado directamente por el COVID-19.
3. Siguiendo el criterio mantenido por la **Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES)**, entendemos que 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.
 - A favor de esta interpretación -tal y como dictamina el referido CCIES-, 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.

- Por otro lado, en materia de contratación pública, **la imposibilidad de ejecutar un contrato se asimila a una pérdida de rentabilidad y reducción de la contraprestación.** En este sentido establece el artículo 211.1.g) de la Ley de Contratos del Sector Público que será causa de resolución del contrato: *“g) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205; o cuando dándose las circunstancias establecidas en el artículo 205, las modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por ciento del precio inicial del contrato, (...)”.*

4. **La interpretación del tercer párrafo del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 será controvertida y contradictoria: dando lugar a algunos pronunciamientos que tendrán que ser matizados en sede judicial.** Como ejemplo, en el reciente Informe de la Abogacía del Estado de fecha 1 de abril 2020, al referirse a la eventual indemnización a un concesionario de autopistas de peaje por el COVID 19, se niega tal derecho con base a que *“No existe imposibilidad de ejecutar el contrato si la autopista o autovía mantienen las condiciones que les permitan 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.”.*

V. Alcance del restablecimiento del equilibrio financiero de la concesión

Respecto al alcance material: conforme al artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, se compensará a los concesionarios **“por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados**, entre los que se consideraran 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 periodo de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.” Por su parte, el artículo 34.8 del mismo texto legal añade que: *“8. A los efectos de lo señalado en el presente artículo, los gastos salariales a los que en él se hace alusión incluirán los relativos a las cotizaciones a la Seguridad Social que correspondieran.”.*

En definitiva, si como consecuencia de las medidas que se adopten como consecuencia del COVID 19 tiene lugar un incremento de gastos o una disminución de ingresos y estas circunstancias se acreditan debidamente ante la Administración, el concesionario tendrá derecho al restablecimiento del equilibrio financiero.

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato podrá hacerse, según proceda, mediante alguno de los siguientes mecanismos (ya contemplados en la legislación general, artículos 270.3 y 290.5 de la Ley de Contratos del Sector Público):

- Ampliación de la duración inicial de la concesión, hasta un máximo de un 15%.
- Modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

VI. Alcance del restablecimiento del equilibrio financiero de la concesión Normativa COVID 19 sobre restablecimiento económico de la concesión

Con carácter general, nuestra legislación en materia de contratación pública (Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público), ofrece un conjunto de reglas (artículos 270 y 290) dirigidas al restablecimiento del equilibrio financiero de la concesión.

En paralelo a esa regulación general del restablecimiento económico de los concesionarios, se establecen unas indemnizaciones concretas a favor de los concesionarios que hayan sufrido un perjuicio económico con ocasión del COVID-19, a través de dos normas (en adelante, **NORMATIVA COVID 19**):

- El Real Decreto-Ley 8/2020, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (Artículo 34.4).
- El Real Decreto-Ley 11/2020, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (Disposición Final Primera, apartado Diez).

La **NORMATIVA COVID 19** no deroga ni modifica las reglas generales de la Ley 9/2017 sobre restablecimiento de equilibrio financiero: sino que establece, con efectos temporales limitados, un sistema especial -que se aplicará con preferencia a la legislación general ordinaria- para indemnizar los daños y perjuicios sufridos con ocasión del COVID-19.



“Comprometidos contigo”
40 años de experiencia nos avalan

lifesectorpublico.com | life@lifeabogados.com

Madrid
+34 911 433 038

A Coruña
+34 981 912 752