

G A _ P

Gómez-Acebo & Pombo



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2022 N.º 149

Reequilibrio de concesiones administrativas al amparo de la regulación de la COVID-19

La reciente Sentencia n.º 1038/2022, de 19 de julio de 2022, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo¹ ha resuelto acerca del régimen de reequilibrio económico de las concesiones de autopistas de peaje a la vista del distinto marco jurídico diseñado por dos normas dictadas durante la crisis de la COVID-19: los Reales Decretos Leyes 8 y 26, ambos de 2020, cuyas previsiones arrojan consecuencias económicas muy diversas para sus destinatarios.

A raíz de la crisis desatada por la COVID-19, tuvo lugar la aprobación de una serie de normas orientadas a minimizar el impacto económico causado por la parálisis que aquélla impuso en cualquier actividad empresarial o profesional que no revistiese carácter esencial.

En ese contexto se aprobó 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 RD Ley 8/2020), que contempló en su artículo 34 un régimen de reequilibrio contractual aplicable a los contratistas por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, respecto a los previstos en la ejecución del contrato de obra o de servicios, durante el periodo de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19.

Con posterioridad tuvo lugar la aprobación 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 8/2020), que redujo el ámbito de aplicación del anterior para determinados contratos en la medida en la que, respecto a las concesiones, sólo reconoce el derecho al reequilibrio del contrato concesional cuando, entre otros requisitos, se cumple el referido a que el margen bruto de explotación haya sido negativo, pues, a los efectos del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, se prevé que no se apreciará imposibilidad de ejecución del contrato, total o parcial, cuando el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma haya sido positivo.

Tras solicitar al Consejo de Ministros el reequilibrio económico de su vigente contrato de concesión por los daños derivados del COVID 19, la empresa COCESA, concesionaria de autopistas del Estado, formuló recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su pretensión.

La solicitud de reequilibrio se articuló al amparo del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, precepto que la concesionaria considera le es aplicable tanto para computar el perjuicio económico que se le ha ocasionado durante el COVID-19 como para calcular la correspondiente ampliación del plazo de concesión. Por ello solicita que se le reconozca el derecho a percibir 3.049.838 euros en 2020 y se acuerde ampliar el plazo de contrato de concesión en 235 días. Esta pretensión se fundamenta en la consideración de los apartados 2, 3, 4 del artículo 25 RD Ley 26/2020—aplicable al contrato de referencia por razón de su objeto²—, son inconstitucionales por vulneración de los artículos 9.3, 14, 33 y 86.1 de la Constitución, por lo que solicita que se plantee una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional a los efectos de que declare la invalidez de dichos apartados por los siguientes motivos:

- Vulneración del artículo 14 de la Constitución por establecer un trato discriminatorio para las sociedades concesionarias de autopistas y autovías adjudicadas por la Administración General del Estado³ respecto

de las concesiones y contratos celebrados por otras entidades del Sector Público, concesiones de servicios públicos de transporte regular de viajeros y los celebrados por las Comunidades Autónomas.

- Vulneración del artículo 9.3 de la Constitución a consecuencia de la contravención de los principios constitucionales de:
 - seguridad jurídica,
 - confianza legítima,
 - irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales
 - interdicción de la arbitrariedad.
- Vulneración del artículo 33 de la Constitución porque el artículo 25 del RD Ley 26/2020 ha operado una “expropiación legislativa” del derecho de indemnización que el artículo 34 RD Ley 8/2020 había previsto para las concesionarias para el reequilibrio por los efectos del COVID-19.

El núcleo argumentativo de la demanda se asienta en la convicción de que el RD Ley 26/2022 opera una suerte de expropiación de un “derecho de indemnización” que había sido delimitado por el RD Ley 26/2020 en unos términos más amplios y favorables.

¹ STS 3190/2022 - ECLI:ES:TS: 2022:3190. ID de CENDOJ 2807913003202210015 C.G.P. J - Poder Judicial.

² El artículo 25.1 dispone que rige para los contratos de concesión comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 34 del RD Ley 8/2020, siempre que hayan sido adjudicados por el Estado y que se trate de concesiones para la construcción, conservación y explotación de autopistas de peaje; concesiones para la conservación y explotación de las autovías de primera generación, o bien concesiones de áreas de servicio de la Red de Carreteras del Estado.

³ Vulnera el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución, en cuanto establece una situación discriminatoria e injusta para las sociedades concesionarias de autopistas y autovías adjudicadas por la Administración General del Estado respecto de otras concesiones y contratos públicos. Se argumenta que no concurre ningún elemento diferenciador de relevancia jurídica que justifique el distinto tratamiento que se revela irrazonable y arbitrario, en relación con en régimen de reequilibrio económico compensatorio reconocido a las autopistas adjudicadas por las Comunidades Autónomas, que pueden acudir al régimen específico previsto en el apartado 4 del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020.

Considera que el referido artículo 25 RD Ley 26/2020 adolece de “*gran confusión normativa*” y establece un régimen con efectos retroactivos que “*persigue la denegación de facto de cualquier solicitud de reequilibrio que pudieran presentar estas concesionarias en relación con el Periodo Objeto de Indemnización*”⁴.

El artículo 34.4 RD Ley 8/2020 dispone que 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 Público⁵, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas⁶ 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 compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados⁷, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato durante

ese tiempo y sólo previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

Para la aplicación de lo anterior se exige que el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la COVID o las medidas adoptadas al respecto y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.

La DF 10ª del RD Ley establece que las medidas previstas en dicha norma mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma.

En cambio, el artículo 25 del RD Ley 26/2020 estableció un régimen aplicable a determinados contratos de concesión adjudicados por el Estado, respecto de los que dispone – apartado 3- *ex lege* que no se apreciará imposibilidad de ejecución del contrato, total o parcial, cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido positivo estableciendo además una compensación distinta de la del artículo 34.4 RD Ley 8/2020 para aquellos supuestos en los que el margen bruto de explotación haya sido negativo⁸.

⁴ Expresan que las sociedades concesionarias de autopistas tenían, hasta la aprobación del artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, seguridad jurídica sobre el régimen aplicable para articular las solicitudes de reequilibrio por los Efectos del COVID-19, tanto por la normativa general y el clausulado de sus contratos, como por el artículo 34 RD Ley 8/2020. La aprobación del artículo 25 mencionado subvierte el régimen jurídico sobre el cual las concesionarias había depositado su confianza legítima, vulnerando así el principio de seguridad jurídica y el de vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

⁵ En el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre

⁶ Por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local

⁷ Entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado,

⁸ Señala el apartado 3 que cuando el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma haya sido negativo, se compensará al concesionario la menor de las siguientes cantidades:

a) El importe necesario para que el margen bruto de explotación durante el período de vigencia del estado de alarma llegue a cero.

Expuesto el marco normativo y planteado el recurso de casación en los términos descritos, la Sentencia n.º 1038/2022 del Tribunal Supremo analiza las alegaciones esgrimidas, y lleva a cabo un juicio positivo de la constitucionalidad del artículo 25 mencionado, al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional formulada en relación con la interpretación del artículo 163 CE, que exige, para que sea procedente el planteamiento de la cuestión que existan dudas razonables, en términos de lógica jurídica, sobre la constitucionalidad de una norma con rango de ley aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo por resultar contraria a la Constitución.

Examina así el eventual concurso de las diversas vulneraciones que la demanda alega y va descartando todas ellas por los siguientes motivos:

Desde la perspectiva de aplicación del canon constitucional de igualdad ante la ley, siguiendo los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional en la sentencia 149/2017, no estima que concurra el presupuesto de la existencia de un término de comparación válido que permita apreciar que el legislador de urgencia haya incurrido en un trato desigual arbitrario⁹.

En lo concerniente a la eventual inconstitucionalidad derivada de la vulneración del artículo 9.3

de la Constitución en el extremo que garantiza el principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, la Sala considera que la disposición controvertida en ningún caso puede entenderse que afecte a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en el título primero de la Constitución, en los términos del invocado artículo 9.3, siguiendo los criterios expuestos en las sentencias constitucionales 49/2015 y 51/2018, pues dicha normativa no impone ningún requisito adicional a situaciones jurídicas ya agotadas.

Considera, además, que la clarificación del alcance del término “*imposibilidad de ejecución del contrato*” que se identifica con los supuestos en los que el margen bruto de explotación sea negativo, no incurre en ninguna vulneración del principio de seguridad jurídica que tenga sustantividad necesaria para plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

En la misma línea afirma que no se aprecia una situación de confianza legítima que permita fundamentar que la limitación establecida al reconocimiento del derecho al reequilibrio económico, vinculada a que el margen bruto de explotación sea negativo, vulnere el principio de confianza legítima, y, por ende, el principio de seguridad jurídica.

-
- b) La diferencia entre el margen bruto de explotación durante el periodo de vigencia del estado de alarma y dicho margen durante el mismo periodo del año anterior.

Y el apartado 4 del artículo 25 RD Ley 26/2020 añade que El reequilibrio consistirá en la ampliación del plazo de duración de la concesión, para lo cual se considerará un crecimiento anual acumulativo de los ingresos del 2%, con respecto a los de 2019. Asimismo, a efectos de actualización monetaria, la tasa de descuento será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a 10 años de los primeros 6 meses de 2020, o en su defecto de los últimos seis meses disponibles, publicados por el Banco de España, incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos.

En ningún caso la ampliación del plazo podrá exceder la duración de la vigencia del estado de alarma.

⁹ Y ello por la diversidad de regímenes jurídicos reguladores de las distintas modalidades de contratación pública que se invocan, y la disparidad de realidades económicas subyacentes en el desarrollo empresarial de las distintas concesiones de contratos, lo que evidencia la distinta afectación económica según sea el objeto y la naturaleza del contrato administrativo.

Todo lo anterior lleva al Tribunal Supremo a no plantear cuestión de inconstitucionalidad, descartando que la solicitud de reequilibrio económico pueda estimarse con base en la aplicación del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, ya que ello supondría inaplicar el citado artículo 25 del Real Decreto-ley 26/2020, y, por tanto, eludir el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha disposición para que le sea reconocido el

derecho al reequilibrio económico, en contravención de lo dispuesto con el artículo 117 de la Constitución.

Concluye así desestimando el recurso interpuesto por la concesionaria, a la que condena en costas hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros más IVA.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol, Miguel Ángel García Otero y Josep Ortiz Ballester.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.