



# Remedios frente al impacto de la crisis de la covid-19 en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios

Juan David Sánchez Castro

*Doctor en Derecho*

*Vocal asesor en el Gabinete de la S.ª de E.º de Energía*

[jdsanchez.castro@gmail.com](mailto:jdsanchez.castro@gmail.com) | <https://orcid.org/0000-0002-8342-4591>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

## Extracto

El pasado 14 de marzo de 2020, el Gobierno de España declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, con el fin de gestionar la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19. Una de las medidas extraordinarias que se adoptaron para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19 fue el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo. Su artículo 34 contiene las medidas adoptadas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de la covid-19. En concreto, el apartado 4.º de ese precepto recoge el derecho del concesionario de obras o de servicios a restablecer el equilibrio económico de cada contrato afectado por esa situación de hecho creada por la mencionada crisis sanitaria.

En el presente trabajo se estudia la naturaleza de ese artículo 34.4, las distintas interpretaciones que del mismo se han realizado hasta el momento (con el fin de determinar la más ajustada a derecho), así como su relación con la legislación ordinaria en materia de contratación pública. El objetivo principal es dilucidar con claridad los remedios aplicables a este tipo de contratos, en aquellos casos en que han resultado afectados por la situación de hecho de la covid-19 y por las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo.

**Palabras clave:** contratos; concesión; covid-19; obra; servicio.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

**Cómo citar:** Sánchez Castro, J. D. (2021). Remedios frente al impacto de la crisis de la covid-19 en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios. *Revista CEFLegal*, 241, 75-108.



# Remedies to curb the impact of covid-19 crisis in public procurement contracts awarding works and services

Juan David Sánchez Castro

## Abstract

Last 14 March 2020, the Spanish Government declared a nationwide state of emergency as Royal Decree 463/2020, of 14 March, was passed in order to manage the covid-19 health crisis. One of the extraordinary measures adopted to curb the economical and social impact of covid-19 was the Royal Decree-Law 8/2020, of 17 March. Its article 34 contains the remedies to enforce in public procurement to relieve the consequences of covid-19. In particular, paragraph 4 thereof incorporates the right of works or services awardees to the restoration of economic balance in every contract altered by the aforementioned health crisis scenario.

This work examines the nature of article 34.4, the various interpretations so far provided (to determine their statutory compliance), as well as its relation to public procurement legislation. The main goal is to clearly elucidate the applicable remedies whenever the contract has been altered either by the covid-19 crisis or the measures public bodies have implemented to prevent it.

**Keywords:** contracts; award; covid-19; work; service.

**Citation:** Sánchez Castro, J. D. (2021). Remedios frente al impacto de la crisis de la covid-19 en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios. *Revista CEFLegal*, 241, 75-108.



## Sumario

1. Introducción
  2. Planteamiento del problema: distintas interpretaciones del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo
  3. Objeto del presente trabajo
  4. Una aclaración preliminar: acercamiento al principio de especialidad normativa
  5. El restablecimiento del equilibrio económico en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios
    - 5.1. La teoría del riesgo imprevisible
    - 5.2. El restablecimiento del equilibrio económico mediante el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020
      - 5.2.1. Ámbito de aplicación
      - 5.2.2. Supuesto de hecho
      - 5.2.3. Concepto de «imposibilidad de ejecución» de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020
      - 5.2.4. Remedios aplicables
    - 5.3. El restablecimiento del equilibrio económico mediante de los artículos 270 y 290 de la LCSP
      - 5.3.1. Supuesto de hecho
    - 5.4. Norma aplicable a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la situación de hecho de la covid-19
    - 5.5. Conclusiones sobre el restablecimiento del equilibrio económico en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la covid-19
  6. ¿Resultan aplicables otros remedios a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la covid-19?
    - 6.1. *Ius variandi*
    - 6.2. *Factum principis*
  7. Conclusiones finales
- Referencias bibliográficas



## 1. Introducción

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud elevó la situación de emergencia de salud pública, ocasionada por la covid-19, a la categoría de pandemia internacional.

Como consecuencia de ello, el 14 de marzo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, el cual entró en vigor en el momento de su publicación en el BOE.

Es la segunda ocasión en la que, vigente la Constitución española de 1978, el Gobierno de España ha decretado el estado de alarma en el territorio nacional en aplicación del artículo 116.2 del texto constitucional, y la primera que lo funda en el apartado b) de artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, como consecuencia de la crisis sanitaria provocada por la covid-19, que ha supuesto una alteración grave de la normalidad, no solo en España sino a nivel internacional.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, el real decreto por el que se ha declarado el estado de alarma determina el ámbito territorial (todo el territorio nacional), la duración (15 días, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas que después se han ido autorizando por el Congreso de los Diputados) y los efectos del citado estado.

Entre otros efectos, y con carácter general, se limitó la circulación de las personas por las vías o espacios de uso público, salvo determinadas causas justificadas como la adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios, desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar la prestación laboral, profesional o empresarial, asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o especialmente vulnerables, desplazamiento a entidades financieras y de seguros, por causa de fuerza mayor o situación de necesidad, entre otras actividades de análoga naturaleza.

Se adoptaron medidas de contención en el ámbito educativo y de la formación, suspendiendo la actividad educativa en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, incluida la enseñanza universitaria. Se incluyeron, igualmente, medidas de

contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración y otras adicionales, suspendiendo la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, con las excepciones propias de productos esenciales y de primera necesidad, cuyo abastecimiento fue asegurado mediante determinadas medidas. También se permitió a las autoridades competentes adoptar las medidas necesarias para garantizar el suministro de energía, de productos derivados del petróleo así como de gas natural.

En definitiva, las medidas extraordinarias incluidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y en su normativa de desarrollo, si bien estaban encaminadas a reducir la morbilidad y mortalidad asociada al virus denominado SARS-CoV-2 y reforzar los sistemas sanitarios, supusieron una paralización casi total de la actividad económica en España y provocaron graves consecuencias sobre la actividad de los sectores productivos, que trataron de mitigarse mediante la adopción de un conjunto de disposiciones articuladas en sucesivos reales decretos-leyes dictados por el Gobierno.

Entre ellos, resulta muy relevante al propósito del presente trabajo 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 su redacción final dada por el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo y el Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo<sup>1</sup>.

Concretamente, el capítulo III de ese Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, contiene diversas medidas de garantía de liquidez para sostener la actividad económica ante las dificultades transitorias, consecuencia de la situación generada por la covid-19. Se trata de evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de los mismos por parte de todas las entidades que integran el sector público. Se pretende evitar así que la covid-19 y las medidas adoptadas por las diferentes Administraciones públicas tengan un impacto estructural negativo sobre el tejido productivo que opera en España. Y con el fin de que esas medidas puedan dar lugar a la resolución de contratos del sector público, se prevé un régimen específico de suspensión de los mismos.

Dentro del citado capítulo III del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, el artículo 34 es el que recoge las medidas en materia de contratación pública para paliar las consecuencias de la covid-19. Examinaré brevemente las medidas adoptadas para cada uno de los contratos típicos.

En relación con los contratos de servicios y suministros de prestación sucesiva (primer párrafo del artículo 34) se establece que, en aquellos casos en los que la ejecución de tales

---

<sup>1</sup> En lo sucesivo, se citará el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, incluyendo las citadas modificaciones posteriores.

contratos devenga imposible como consecuencia de las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas con ocasión de la covid-19, quedarán suspendidos total o parcialmente desde que se produjera la situación de hecho que impida su prestación y hasta que tal prestación pueda reanudarse.

La norma distingue el supuesto de que la ejecución de esos contratos quede totalmente en suspenso o solo se produzca una suspensión parcial, fijando los distintos conceptos por los que pueden ser indemnizados los daños y perjuicios ocasionados al contratista, en cada caso.

Esos daños y perjuicios enumerados en el artículo 34.1 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, por los que el contratista puede ser indemnizado de producirse la suspensión del contrato, son prácticamente idénticos a los recogidos en el artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), para el caso de suspensión de contratos de obras acordada por la Administración.

El artículo 34.2 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, recoge la vigencia de los contratos públicos de servicios y de suministro distintos de los referidos en el apartado anterior cuando no hubieran perdido su finalidad como consecuencia de la situación de hecho creada por la covid-19, siempre que concurren dos circunstancias:

- a) Que el contratista hubiera incurrido en demora en el cumplimiento de los plazos previstos en el contrato como consecuencia de las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatir la covid-19, y
- b) Que el contratista ofrezca el cumplimiento de sus compromisos.

En tal supuesto, el contratista podría solicitar la ampliación del plazo inicial o la prórroga en curso, que deberá ser concedida por el órgano de contratación con los requisitos formales fijados en la norma.

En cualquier caso, se establece expresamente en el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, que ninguno de los supuestos planteados para la suspensión de los contratos puede constituir una causa de resolución de los mismos, sin perjuicio de que concurriera cualquier otra causa de resolución de las señaladas en los artículos 306 y 313 de la LCSP.

Similar solución ha adoptado el Real Decreto-ley 8/2020, para el caso de contratos públicos de obras que se encontraran vigentes a la entrada en vigor de la citada norma. Se recogen dos supuestos en el artículo 34.3:

- a) Cuando las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas con ocasión de la covid-19 generan la imposibilidad de continuar la ejecución del con-

trato, en cuyo caso el contratista puede solicitar la suspensión del mismo desde que se produzca la situación de hecho que impida su prestación y hasta que dicha prestación pueda reanudarse.

- b) Cuando las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas con ocasión de la covid-19 impidan que pueda tener lugar la entrega de la obra. En este caso, el contratista puede solicitar una prórroga en el plazo de entrega final siempre que ofrezca el cumplimiento de sus compromisos pendientes, debiendo justificar la correspondiente solicitud y cumplir el resto de requisitos contenidos en la norma.

En ambos casos, se contemplan determinados conceptos indemnizables, de modo similar a los recogidos para los contratos de servicios y suministros.

Los remedios expuestos para estos contratos típicos, recogidos en los tres primeros párrafos del artículo 34 del Real Decreto 8/2020, no plantean problemas, en la medida en que aquellos reparan los daños y perjuicios ocasionados, en cada caso, al contratista, por la interrupción de actividad derivada de las medidas adoptadas con ocasión de la crisis sanitaria de la covid-19.

No sucede lo mismo, sin embargo, con los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios. En el caso de este tipo de contratos, la contraprestación para el contratista consiste en el derecho de explotar la obra (previamente realizada) o los servicios (respectivamente), o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Esto significa que la paralización casi total de la actividad económica en España ocasionada por las medidas adoptadas en la crisis de la covid-19 implican un perjuicio a los contratistas que no se limita a la interrupción temporal de una actividad (como la de realizar una obra, prestar un servicio o llevar a cabo un suministro), sino que está directamente relacionada con la reducción de beneficios o el incremento de gastos derivados de la respectiva explotación. Esta mayor complejidad exige un estudio más detenido de los posibles remedios aplicables a estos contratos.

## **2. Planteamiento del problema: distintas interpretaciones del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo**

El Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, se publicó en el BOE el 18 de marzo de 2020, y de acuerdo con su disposición final novena, entró en vigor el mismo día de su publicación.

Por ello, y dado el breve periodo transcurrido desde entonces hasta hoy, no existen demasiados instrumentos que nos permitan concretar la interpretación idónea del artículo 34 del mencionado real decreto-ley.

Existen, sin embargo, algunos pronunciamientos sobre esta cuestión, realizados desde diferentes ámbitos, que permiten clasificar las distintas interpretaciones realizadas, del siguiente modo:

- a) **Interpretación literal o restrictiva.** Considera que solo cabe restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras y concesión de servicios cuando se cumple estrictamente el supuesto de hecho de la norma.

Esta interpretación es la utilizada en el informe emitido por la Abogacía General del Estado de fecha 1 de abril de 2020, tras la consulta formulada por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

En el apartado primero del citado informe se sostiene que el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 es una norma especial que se aplica con preferencia a la legislación ordinaria de contratos públicos. Se añade que

es una norma de rango legal, de efectos temporales limitados, que atiende a una situación excepcional (la declaración de estado de alarma ante la crisis sanitaria derivada de la covid-19), por lo que su contenido ha de considerarse de aplicación preferente mientras dure el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Añade, al hilo de la norma, que para los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, los remedios contenidos en el artículo 34.4<sup>2</sup> solo resultan aplicables cuando se aprecie la imposibilidad de ejecución de los respectivos contratos. Se concreta como ejemplo el caso de una concesión de autopista o autovía, en la que no cabría apreciar tal imposibilidad por la mera reducción en el número de vehículos que circulen por ella. De otro modo: ese supuesto no permitiría fundar la solicitud de un reequilibrio económico de la concesión conforme al Real Decreto-ley 8/2020.

El informe concluye con los siguientes tres párrafos que merece la pena reproducir aquí en su literalidad:

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

---

<sup>2</sup> Esos derechos son, según proceda en cada caso, la ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15% o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Volveremos a ello más adelante.

en 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 la 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 de la 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.

- b) **Interpretación finalista.** Sostiene que el artículo 34.4 no debe ser entendido de un modo literal, sino de un modo tal que permita cumplir la finalidad propuesta por la norma, a saber, la de ayudar a los contratistas afectados por las medidas adoptadas por el Gobierno con ocasión de la covid-19.

Esta es la interpretación plasmada en la nota sobre el contenido del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de medidas urgentes económicas y sociales sobre la covid-19, en relación con los contratos de concesión de obras y servicios, emitida por la Cámara de Concesionarios de Infraestructuras, Equipamientos y Servicios Públicos (CCIES) de fecha 18 de marzo de 2020.

En ese documento, las conclusiones que se arrojan distan mucho de las expuestas en el informe mencionado en la letra anterior. No solo se acepta la concurrencia de fuerza mayor en las medidas adoptadas como consecuencia de la covid-19, sino que se interpreta de un modo amplio la imposibilidad de ejecución del contrato contenida en el artículo 34.4, en el sentido de afirmar que

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<sup>3</sup>.

En la doctrina científica también encontramos algunos autores que parecen defender esta posición interpretativa<sup>4</sup>.

Esta diversidad de interpretaciones planteadas respecto del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 exige analizar detenidamente la norma, con el fin de arrojar algo de luz al modo como debe ser aplicada a este periodo excepcional del estado de alarma.

<sup>3</sup> Apartado III, punto 30 de la citada nota de CCIES de 18 de marzo de 2020.

<sup>4</sup> Ximena Lazo (2020), Villar Ezcurra (2020) y Gimeno Feliú (2020), entre otros.

### 3. Objeto del presente trabajo

El objeto de este trabajo se centra en determinar si los remedios recogidos en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 excluyen la aplicación de aquellos otros recogidos en la legislación ordinaria de contratos, al menos durante la vigencia temporal de aquel precepto<sup>5</sup>, o si, por el contrario, la existencia de esa norma especial no impediría la aplicación de otras posibles medidas fuera del supuesto de hecho contenido en ella.

Con ese fin, es necesario concretar, por un lado, el ámbito de aplicación del artículo 34.4 y, por otro, el de las normas que contienen los remedios ordinarios de la legislación general de contratos (fundamentalmente, la LCSP), aplicables a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios. Se trata de estudiar la norma aplicable a estos contratos cuando se pretende restablecer el equilibrio económico de los mismos, en aquellos casos en que se han visto afectados por las medidas adoptadas para combatir la crisis sanitaria de la covid-19. A continuación, estudiaré la relación entre ambas normas (la especial y la general) y, finalmente, la posibilidad de aplicar a la hipótesis de partida otros posibles remedios ofrecidos por el ordenamiento jurídico.

### 4. Una aclaración preliminar: acercamiento al principio de especialidad normativa

Partiendo de la premisa indiscutible de que el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, constituye una norma especial frente a la normativa ordinaria de contratos públicos (incluida la LCSP), se hace preciso recordar el principio de especialidad normativa con el fin de determinar la aplicación de cada norma y su relación entre ellas.

N. Bobbio relacionaba la norma general (más amplia) con la idea de género, mientras que la norma especial se configuraba como la aplicación de una especie de ese mismo género.

Partiendo de esta idea, Tardío Pato (2003) asegura que el principio de especialidad supone la «preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre

---

<sup>5</sup> Convine recordar que la disposición final décima del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, dispone lo siguiente:

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.

la norma reguladora de tal género». De algún modo, esa jerarquización entre las normas supone que la especial prevalece sobre la general, que se ve desplazada para el supuesto de hecho recogido en la primera, de manera que la norma especial supone una circunstancia más específica o una excepción a la aplicación ordinaria de la norma general.

En el mismo sentido parece pronunciarse la jurisprudencia, al considerar que en virtud del principio de especialidad normativa que ha de regir las relaciones internormativas, la norma específica prevalece sobre cualquier otra y la desplaza (*lex specialis derogat generali*). Así se sostiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2001 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>), en cuyo fundamento jurídico 5.º se concluye que las normas de la Ley orgánica de régimen electoral general se aplican con carácter prevalente, desplazando la aplicación de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa en lo relativo al recurso contencioso-electoral que aquella recoge.

La misma idea encontramos en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2019 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Especial). En ella se citan dos sentencias anteriores del Alto Tribunal (SSTS de 22 de mayo de 2018 y de 29 de junio de 2015) que ya se habían pronunciado sobre un asunto similar: costas en materia de allanamiento y satisfacción extraprocésal. En el fundamento jurídico 3.º de la citada sentencia se indica lo siguiente:

Ambas [las citadas] parten de la base de que la LJCA deroga a la LEC, o lo que es lo mismo, *lex specialis derogat generali*, cuando, como es el caso, la primera contiene una regulación completa de la materia, representada por distintos artículos, al margen de que nos estemos centrando en los que ahora nos interesan. Ello, sin embargo, no quiere decir que no resulte, aunque con carácter supletorio, aplicable la LEC.

En esta última sentencia ese desplazamiento aplicativo de la norma general frente a la especial se completa con la aplicación supletoria de la general en aquellos aspectos no regulados por la especial. De algún modo, la norma especial se destina a un supuesto de hecho concreto que también recogía la norma general, cuya aplicación se ve desplazada por aquella.

Volviendo al objeto del presente trabajo, el apartado IV de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, dispone

que se establecen medidas para evitar los efectos negativos sobre el empleo y la viabilidad empresarial derivados de la suspensión de contratos públicos, impidiendo la resolución de contratos públicos por parte de todas las entidades que integran el sector público y evitar que la covid-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las Comunidades autónomas o las entidades que integran la Administración local y todos sus organismos públicos y entidades de derecho público tengan un impacto estructural negativo sobre esta parte del tejido productivo.

Se apunta ya desde la exposición de motivos que las medidas adoptadas en materia de contratación pública derivadas de la covid-19 tratan de evitar los efectos negativos de tales medidas, permitiendo la suspensión de los contratos públicos vigentes en el momento de la entrada en vigor de la norma e impidiendo la resolución de los contratos públicos con el fin de evitar un mayor impacto negativo en la economía.

En este contexto, el principio *lex specialis derogat generali* solo entra en juego en el propio ámbito en que resulta aplicable la norma especial y no fuera de él. Como consecuencia de ello, la aplicación preferente del artículo 34.4 no puede admitirse a todas las consecuencias contractuales de la covid-19, sino solo a aquellas en las que se produzca la imposibilidad de ejecutar el contrato, y no por cualquier motivo, sino precisamente por esas medidas adoptadas en el seno de la crisis sanitaria. Fuera de ese supuesto concreto que abarca la norma especial quedaría expedita (subsidiariamente) la aplicabilidad teórica de las normas generales sobre reequilibrio de las concesiones y se producirían, en su caso, efectos distintos de la suspensión e indemnización previstos en ese párrafo cuarto del artículo 34.

Partiendo de esta premisa, es necesario profundizar en el modo como regulan cada una de esas normas (especial y general) los remedios dirigidos a restablecer una eventual ruptura del equilibrio económico-financiero de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, con ocasión de las medidas adoptadas por la covid-19, así como la posible aplicación de esos remedios por parte de los respectivos contratistas.

## 5. El restablecimiento del equilibrio económico en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios

Antes de abordar el estudio concreto de los remedios adoptados expresamente para restablecer el equilibrio económico de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la crisis sanitaria de la covid-19, expondré brevemente las líneas generales de la denominada teoría del riesgo imprevisible, relacionada precisamente con ese restablecimiento y también con el recogido en la LCSP.

### 5.1. La teoría del riesgo imprevisible

Esta teoría surgió en el ámbito de la gestión de servicios públicos con el fallo *Gaz de Bordeaux* del Consejo de Estado francés de 30 de marzo de 1916. Se planteó con el fin de que la Administración pudiera acudir en ayuda del contratista cuando se ha producido una ruptura del equilibrio económico de la concesión que pone en riesgo la continuidad del servicio por causas sobrevenidas e imprevisibles.

La jurisprudencia española ha definido la teoría del riesgo imprevisible como principio esencial en la contratación administrativa, así como «expresión del principio de regularidad

y precisión jurídica recíproca de toda base contractual»<sup>6</sup>. Los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo la aplican cuando «concurren circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas»<sup>7</sup>.

La teoría se perfila como una excepción al principio de riesgo y ventura que debe regir todo contrato público. En este sentido, y como ha señalado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup>) «el principio de riesgo y ventura, a que ha de someterse el contratista [...] ha de coexistir con la necesidad de mantener el equilibrio financiero de la concesión otorgada»<sup>8</sup>.

El fundamento principal de la teoría del riesgo imprevisible es el principio de buena fe (también el de equidad) y su aplicación exige la concurrencia de una serie de requisitos, recogidos en numerosos dictámenes del Consejo de Estado, que serán detallados más adelante.

A los efectos que ahora interesan, conviene destacar que la doctrina distingue, por un lado, la teoría del riesgo imprevisible aplicada por los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo y, por otro, la aplicación de concretas normas legales y reglamentarias que atribuyen a ciertos concesionarios el derecho a mantener el equilibrio económico-financiero de sus respectivos contratos. Aun considerando que aquellas normas específicas están basadas en la teoría del riesgo imprevisible, lo cierto es que la doctrina considera que ante la existencia de aquellas normas no resulta aplicable la citada teoría.

El ejemplo paradigmático de estas normas concretas que regulan el mantenimiento del equilibrio del contrato son los artículos 152.3 y 126.2.b) en relación con el 127.2.2.º b)<sup>9</sup> del

---

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1999, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.<sup>a</sup> (FJ 7.º).

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1999.

<sup>8</sup> El Consejo de Estado ha determinado que el fundamento del principio de riesgo y ventura es triple: por un lado, responde al principio de seguridad jurídica, en segundo lugar, por el principio de concurrencia y por la necesidad de no desvirtuar las garantías exigibles en la adjudicación de los contratos públicos y, finalmente, tiene en cuenta la protección de los intereses de la Hacienda Pública que aconsejan someter a reglas claras y predecibles la ejecución del contrato (dictámenes del Consejo de Estado núm. 7/2003 y 443/2004, entre otros).

<sup>9</sup> El artículo 152.3 del RSCL establece que la revisión extraordinaria de tarifas de las empresas mixtas o concesionarias

procederá de oficio o a petición de la Empresa o concesionario, siempre que se produjere un desequilibrio en la economía de la Empresa o de la concesión, por circunstancias independientes a la buena gestión de una u otro.

Por su parte, el artículo 126.2 del RSCL preceptúa que:

En el régimen de la concesión se diferenciará:

[...] b) la retribución económica del concesionario cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial.

Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado mediante el Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL).

En los supuestos contemplados en los citados preceptos del RSCL, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se produce aplicando esas normas sin necesidad de invocar expresamente la teoría del riesgo imprevisible. Ese principio es aplicado precisamente en ausencia de norma específica cuando se ha visto gravemente alterado el señalado equilibrio por circunstancias extraordinarias, imprevisibles y no imputables al contratista.

En el mismo sentido y respecto del supuesto que es objeto de estudio aquí, la existencia de normas específicas que regulan un eventual restablecimiento del equilibrio económico del contrato para la situación concreta creada por la covid-19, desplaza la aplicación de esta teoría que, sin embargo, ha inspirado esas normas.

A continuación, examinaré los supuestos en que se aplica la norma especial del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 y las generales contenidas en la LCSP (fundamentalmente los artículos 270 y 290), para más adelante volver a la teoría del riesgo imprevisible.

## 5.2. El restablecimiento del equilibrio económico mediante el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020

### 5.2.1. Ámbito de aplicación

La redacción inicial del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no delimitaba expresamente su ámbito de aplicación. Fue la disposición final primera del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, la que introdujo dos nuevos apartados (el 7 y el 8) en el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020.

En concreto, el nuevo apartado 7.º, añadido al artículo 34, concreta los contratos que tienen la consideración de públicos a los efectos de ese precepto, definiéndolos como aquellos que, con arreglo a sus pliegos, están sujetos a cualquiera de las siguientes normas:

- a) La LCSP.
- b) El 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.

---

Finalmente, el artículo 127.2.2.º del RCLSL dispone que la corporación concedente deberá mantener el equilibrio financiero de la concesión, para lo cual:

- b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

- c) La Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.
- d) Libro I del 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,
- e) La Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad.

De acuerdo con el tenor literal de este apartado, solo los contratos públicos adjudicados de acuerdo con alguna de las normas citadas entrarían en el ámbito de aplicación del artículo 34.

Finalmente, y en lo relativo a la cuestión planteada, es oportuno citar el informe de la Abogacía General del Estado de 19 de marzo de 2020<sup>10</sup>, en el que se concluye que el citado artículo 34 se aplica a los contratos de todo el sector público, incluidas sociedades estatales y fundaciones del sector público.

### 5.2.2. Supuesto de hecho

El artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, preceptúa 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 la 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 [...].

[...]

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 y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.

<sup>10</sup> El citado informe se evacuó por la Abogacía General del Estado con el fin de aclarar si el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 resulta aplicable a las sociedades estatales (y fundaciones del sector público).

El supuesto necesario del que deriva la aplicación de esta norma es la existencia de un contrato público de concesión de obras o concesión de servicios que se encuentre vigente a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2020, y que se vea afectado por la situación de hecho creada por la covid-19 y las medidas adoptadas en este sentido por las distintas Administraciones públicas para combatirlo. Se exige, además, para su aplicación, una última condición, a saber, la imposibilidad de ejecución el contrato como consecuencia de la situación provocada por la covid-19, requisito que debe ser apreciado por el órgano de contratación a instancia del contratista.

Cumplido el supuesto de hecho fijado en la norma, su aplicación dependerá de que concurra esa «imposibilidad» en su ejecución. Por esta razón, es esencial determinar con precisión la interpretación que ha de darse a ese concepto jurídico indeterminado, porque de ello depende la amplitud en la aplicación de este precepto. Ese estudio lo abordaré en el siguiente epígrafe.

### 5.2.3. Concepto de «imposibilidad de ejecución» de los contratos de concesión de obras y concesión de servicios en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020

En este precepto no se determina qué ha de entenderse por imposibilidad de ejecución del contrato. Tan solo se exige que esa imposibilidad sea consecuencia de la situación provocada por la covid-19.

Con carácter preliminar, hay que precisar que esta imposibilidad no puede considerarse como total y permanente, porque ello supondría la desaparición sobrevenida de la causa del negocio cuya consecuencia más inmediata es la resolución del contrato. Esta interpretación ha de descartarse porque tanto en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2020 como en el propio artículo 34 se trata de evitar la resolución de los contratos públicos mediante un «régimen específico de suspensión de los mismos»<sup>11</sup>.

Además, debemos partir de que para apreciar la imposibilidad de cumplimiento que libera al deudor es necesario que quien la sufre haya observado la debida diligencia, «haciendo todo lo posible para vencer la imposibilidad» (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2016 [Sala de lo Civil, Sección 1.ª])<sup>12</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, y a los efectos que resultan aquí relevantes, pueden distinguirse dos tipos de imposibilidad:

<sup>11</sup> Apartado IV de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2020.

<sup>12</sup> En el mismo sentido, las SSTs de 14 y 15 de febrero de 1994.

- a) La **inviabilidad absoluta** (aunque temporal) de ejecutar el contrato como consecuencia de las medidas adoptadas por la covid-19<sup>13</sup>. Ese tipo de inviabilidad es la mantenida por quienes han realizado una interpretación literal del artículo 34 y es la que parece mantener el informe de la Abogacía General del Estado de 1 de abril de 2020, citado *supra*.
- b) La **inviabilidad relativa**, que estaría basada en una minoración relevante de ingresos o incremento de gastos para el concesionario, como consecuencia de las medidas adoptadas por la covid-19. Interpretación defendida por quienes parten de una interpretación finalista del artículo 34.

A la vista de todo ello y en el caso del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, ¿qué interpretación del concepto de «imposibilidad» resultaría jurídicamente razonable y cuál podría ser su fundamento?

El artículo 3.1 del Código civil establece que:

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

Por ello, y en primer lugar, es conveniente que la literalidad de los términos contenidos en el artículo 34.4 se interpreten en relación con el contexto y teniendo en cuenta la situación extraordinaria que ha supuesto la crisis sanitaria de la covid-19. Sin embargo, ello no debe suponer que la interpretación del concepto de «imposibilidad» se realice a la medida del concesionario que se ha visto afectado por esta circunstancia, ni tampoco debe constituir esa interpretación una garantía para el contratista, pues de este modo se alteraría, sin fundamento suficiente, el principio de riesgo y ventura recogido en el artículo 197 de la LCSP.

Con esta finalidad y continuando con los criterios interpretativos fijados por el artículo 3.1 del Código Civil, sería muy fructífero examinar los antecedentes históricos y legislativos del artículo 34.4 para fijar una interpretación idónea del mismo. Como ya se ha indicado *supra* (apartado 5.1), el fundamento en que se inspiran los preceptos concretos encaminados al

---

<sup>13</sup> Un ejemplo de esta imposibilidad absoluta lo encontramos en el informe de la Abogacía General del Estado de fecha 30 de marzo de 2020. Los hechos se basan en un contrato de concesión de servicios para la atención de las necesidades de cafetería y restauración de una fundación (centro docente), cuya ejecución devino imposible como consecuencia de las medidas adoptadas para combatir la covid-19. La imposibilidad, en este caso, se deriva del hecho de que se había interrumpido la actividad docente en la sede donde debían prestarse los mencionados servicios, y de ello se derivaron determinadas pérdidas de beneficios para el contratista.

mantenimiento del equilibrio del contrato público es la denominada teoría del riesgo imprevisible. Precisamente por ello, no resultaría descabellado utilizar esa misma teoría para tratar de arrojar luz en la interpretación del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020.

La doctrina del Consejo de Estado ha establecido tres requisitos (aplicados también por la jurisprudencia) que han de concurrir para que pueda surgir el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en el seno de la teoría del riesgo imprevisible:

- a) La aparición de un suceso imprevisible, extraordinario y no imputable al contratista.
- b) La insuficiencia de otros medios previstos por el ordenamiento jurídico para restablecer el equilibrio económico del contrato.
- c) El efecto desmesurado sobre el equilibrio económico del contrato que produzca una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido.

Los requisitos contenidos en las letras a) y b) no aportan nada al propósito que buscamos, teniendo en cuenta que, por un lado, las circunstancias en las que se han adoptado las medidas derivadas de la crisis de la covid-19 ya suponen la excepcionalidad del evento que ha tenido lugar y, por otro lado, no es necesario atender a la insuficiencia de otros medios disponibles puesto que, como ya se ha expuesto más arriba, la norma especial se aplica con carácter preferente a otras normas y desplaza la propia teoría del riesgo imprevisible.

Más útil resulta, sin embargo, el requisito enunciado bajo la letra c), al exigir este un «efecto desmesurado sobre el equilibrio económico del contrato que produzca una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido». Esta teoría exige que el efecto económico del evento que altera el equilibrio del contrato sea «patológico y desmesurado», esto es, ha de suponer «una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido»<sup>14</sup>.

Si el efecto económico del evento en que se basa la alteración del equilibrio del contrato no alcanza tal gravedad, ha de considerarse que el suceso debe ser asumido por el concesionario en virtud del principio de riesgo y ventura.

Expuesto lo anterior<sup>15</sup>, y con fundamento en la teoría del riesgo imprevisible, puede afirmarse que el concepto de «imposibilidad de ejecución del contrato», contenido en el ar-

<sup>14</sup> Dictámenes del Consejo de Estado núm. 3349/2002 y 142/2003, entre otros.

<sup>15</sup> El último de los criterios interpretativos recogidos en el artículo 3.1 del Código civil es «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Sin embargo, a pesar de que la finalidad del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 es paliar las consecuencias de la covid-19 y su impacto en materia de contratación pública, lo cierto es que este criterio no puede prevalecer sobre los ya expuestos ni debe suponer una garantía, insistimos, de los intereses del concesionario.

título 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, ha de interpretarse en el sentido de que el impacto de las medidas adoptadas por la covid-19 haya ocasionado al contratista un efecto desmesurado sobre el equilibrio económico-financiero del contrato que produzca una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido, en el sentido en que tal requisito ha sido aplicado en el seno de esta teoría.

Reiterada jurisprudencia ha entendido que este requisito de la teoría del riesgo imprevisible (que se pretende utilizar aquí para definir el concepto de «imposibilidad en la ejecución del contrato») no concurre cuando el desequilibrio económico del contrato es irrelevante y escaso de significación en el contexto total de la contratación<sup>16</sup>. Es necesario que ese desequilibrio provocado en el contrato sea desproporcionado y suponga el quebranto total del contenido económico de aquel<sup>17</sup>.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha aceptado reiteradamente que se cumplen las condiciones necesarias para la aplicación de este requisito de la teoría del riesgo imprevisible, cuando se produce un incremento «imprevisible», *v. gr.*, del precio del petróleo siempre que tenga una incidencia fuerte en la economía del contrato<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Por todas, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), en cuyo fundamento jurídico 5.º puede leerse lo siguiente:

La Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57 % en presupuesto inicial, o 3,14 % en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial [...]. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor del esperado, mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico-financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible.

<sup>17</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1990 acogió la pretensión indemnizatoria planteada en el recurso por la elevación de los precios de ligantes asfálticos respecto de un contrato ejecutado entre 1977 y 1982. El incremento del precio de esos materiales fue de un 185 %.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1997 se reconoció el derecho a la indemnización pretendida por la contratista como consecuencia del incremento de las elevaciones de precios impuestas por la Administración para los productos derivados del petróleo. La sentencia consideró que una variación de precios del 100 % constituye causa imprevista que altera el equilibrio del contrato y permite su restablecimiento en aplicación de la teoría del riesgo imprevisible.

También en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1999 se estimó la pretensión indemnizatoria de los recurrentes por un incremento del precio de los ligantes asfálticos respecto de unas obras adjudicadas en 1976 y terminadas en 1989. El incremento fue del 88,5 % del precio, que no aparecía recogido en la fórmula polinómica de la cláusula de revisión de precios del contrato.

A la vista de la jurisprudencia citada, se aprecia una evolución decreciente en la exigencia de la variación de los precios, pero siempre exigiendo ese quebranto en el contenido económico del contrato.

<sup>18</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el dictamen del Consejo de Estado número 46.172, de 10 de mayo de 1984, un incremento del 262,5 % del precio del petróleo que afectaba a los productos asfálticos necesarios para realizar la prestación contenida en el contrato podía justificar la necesidad de restablecer el equilibrio del contrato, cuando esa variación del precio se había producido entre los años 1979 y 1981.

En el supuesto de la crisis sanitaria producida por la covid-19, será necesario conocer las cifras concretas, en cada caso, de la pérdida de beneficios o incremento de gastos ocasionados a los contratistas, teniendo en cuenta la evolución de la economía, así como el periodo en el que aquella alteración se produzca. En cualquier caso, para que se considere «imposible» la ejecución del contrato de concesión de obra o concesión de servicio (en el sentido del artículo 34.4), se reitera la necesidad de que esa alteración económica sea «desmesurada», afecte al presupuesto total del contrato (no solo a una partida)<sup>19</sup> y suponga la quiebra total y absoluta del contenido económico del contrato de concesión afectado.

Es necesario, por tanto, que se sobrepasen los límites razonables de la aleatoriedad que comporta toda licitación lo que, en el caso objeto de estudio, implica que deberán atenderse a las circunstancias de cada contrato de concesión para determinar si se ha alterado (globalmente) de un modo irrazonable ese equilibrio contractual o si, por el contrario, ese impacto de la covid-19 debe ser asumido por el concesionario en virtud de la doctrina del riesgo y ventura<sup>20</sup>.

#### 5.2.4. Remedios aplicables

En aquellos casos en que resulte de aplicación el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, esta norma da 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 % 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

<sup>19</sup> La necesidad de apreciar la ruptura del equilibrio económico del contrato respecto del presupuesto total del mismo se ha planteado, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de julio de 2008. En su fundamento jurídico 6.º se recuerda que la ruptura del equilibrio económico de la concesión solo tiene lugar cuando el incremento de costes de la explotación altera notablemente el plan económico financiero que presentó la concesionaria al concurrir a la licitación, sin que ese incremento se vea compensado por otras partidas. Por tanto, no existe ruptura de ese equilibrio si un eventual incremento de los gastos se ve compensado, en el seno del contrato, con un incremento de beneficios obtenido por el contratista respecto de las previsiones iniciales.

<sup>20</sup> En el fondo, la tesis defendida aquí es la de equiparar la imposibilidad en la ejecución del contrato con una dificultad grave en el cumplimiento del mismo, tal y como se plantea, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1998, si bien en ella no se admite el riesgo razonablemente imprevisible en la medida en que se había excluido expresamente en el contrato la cláusula de revisión de precios.

servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por la 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.

A la vista de la norma, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras y concesión de servicios puede realizarse mediante dos medidas (alternativas), según proceda en cada caso:

- a) Ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15 %, o
- b) Mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Además, añade el artículo 34.4, el restablecimiento de ese equilibrio debe compensar al contratista, en todo caso, de los efectivos daños y perjuicios ocasionados por las medidas adoptadas como consecuencia de la covid-19. Esa compensación han de tener en cuenta dos conceptos:

1. La pérdida de los ingresos obtenidos de la explotación de la obra o prestación del servicio, y
2. El incremento de los costes soportados, esto es, el exceso de costes respecto de los soportados en la ejecución ordinaria del contrato.

En ambos casos debe cumplirse el resto de requisitos exigidos en la norma.

En el informe de la Abogacía General del Estado de fecha 30 de marzo de 2020 se ha planteado una duda en relación con el modo de compensar el incremento de los costes soportados por el contratista, entre los que se encuentran, según el propio artículo 34.4,

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 la covid-19.

En el proyecto del citado informe se interpretaba que esos «gastos adicionales salariales» eran los abonados durante el periodo en que se amplíe la duración inicial del contrato, en aplicación de una de las medidas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Sin embargo, el informe definitivo de la Abogacía General del Estado de 30 de marzo de 2020 concluye acertadamente que esa interpretación es impropia, toda vez que no permite aplicar la compensación de esos «gastos adicionales salariales» a la otra medida de restablecimiento del equilibrio económico del contrato (la modificación de las cláusulas de contenido económico). En efecto, si entendemos que los gastos adicionales salariales son

exclusivamente aquellos derivados de la ampliación de la duración inicial del contrato, en aquellos casos en que la medida aplicable sea la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato, el contratista no podrá solicitar la compensación de esos gastos adicionales salariales, algo que genera un «tratamiento desigualitario» entre quienes se acojan a las distintas medidas.

Por este motivo, hacemos nuestra la interpretación contenida en el informe señalado, cuando afirma que los costes adicionales salariales compensables al contratista son aquellos que superan los previstos inicialmente para la ejecución ordinaria del contrato (lo cual engloba ya ambas medidas), siempre que se hubiera abonado efectivamente por el contratista durante la situación de hecho creada por la covid-19.

### 5.3. El restablecimiento del equilibrio económico mediante de los artículos 270 y 290 de la LCSP

#### 5.3.1. Supuesto de hecho

En la legislación general en materia de contratación pública, la regulación del mantenimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de obras la encontramos en el artículo 270 de la LCSP.

El primer apartado del citado precepto establece que:

El contrato de concesión de obras deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.

Su segundo apartado permite restablecer el equilibrio del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en dos supuestos:

- a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 262.
- b) Cuando 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.

El cuarto párrafo del artículo 270.2 de la LCSP dispone, finalmente, que:

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuer-

za mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239.

En el caso de los contratos de concesión de servicios, la regulación, contenida en el artículo 290 de la LCSP, es similar a la ya expuesta para los contratos de concesión de obras<sup>21</sup>.

A la vista de lo anterior podemos preguntarnos: ¿pueden ser aplicadas estas medidas, en algún caso, para restablecer el equilibrio económico de contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la situación de hecho de la covid-19 y las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo?

Obviando por el momento (a efectos didácticos) la preferencia aplicativa de la norma especial del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 frente a la general de los artículos 270 y 290 de la LCSP, lo cierto es que teniendo en cuenta el supuesto de hecho de la covid-19 no se cumpliría ninguna de las dos causas de establecimiento del reequilibrio de los contratos examinados, ni las recogidas en el artículo 270.2 de la LCSP (para los contratos de concesión de obras), ni las contenidas en el artículo 290.4 de la LCSP (respecto de los contratos de concesión de servicios).

En primer lugar, porque las modificaciones contractuales de la letra a) de los preceptos señalados solo podría fundarse en exigencias del interés público o en circunstancias previstas en la LCSP, algo que en este caso no sucede en la medida en que la incidencia de las

---

<sup>21</sup> El artículo 290 de la LCSP recoge la posibilidad de realizar una modificación del contrato o solicitar el mantenimiento de su equilibrio económico. Este precepto, en su primer párrafo, dispone lo siguiente:

La Administración podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley [regulación de la modificación de los contratos recogida en los artículos 203 a 207 de la LCSP].

Por su parte, el apartado 4.º del artículo 290 de la LCSP reza así:

Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.
- b) Cuando 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.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley.

medidas derivadas de la covid-19 solo afectarían a la pérdida de beneficios o incremento de gastos del concesionario que se verían alterados por la crisis sanitaria.

En segundo lugar, tampoco resultaría aplicable la causa de restablecimiento del equilibrio del contrato señalada en los artículos 270.2 b) y 290.4 b) de la LCSP porque las medidas adoptadas como consecuencia de la covid-19 no han sido adoptadas por la «Administración pública concedente» como exige la norma, sino por el Gobierno de España a través del ya mencionado decreto del estado de alarma<sup>22</sup>. Ambas normas recogen el denominado *factum principis* al que me referiré con más detalle *infra* en el epígrafe 6.2.

Por tanto, al no cumplirse el supuesto de hecho de esas normas generales para el caso de la covid-19, ya no es necesario analizar la relación entre la norma especial del artículo 34.4 y las generales analizadas. Estas sencillamente no se aplican a la situación de hecho creada por la covid-19.

Solo quedaría por determinar si sería posible restablecer una posible ruptura del equilibrio económico de un contrato de concesión de obra o de concesión de servicios, afectado por la crisis de la covid-19, de acuerdo con el párrafo sobre fuerza mayor incluido tanto en el artículo 270 como en el 290, ambos de la LCSP. Ese párrafo es el siguiente:

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239.

Esta cuestión la abordaré en el epígrafe siguiente.

## 5.4. Norma aplicable a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la situación de hecho de la covid-19

A la vista de ese párrafo de los artículos 270 y 290 de la LCSP con el que cerrábamos el epígrafe anterior, relativo al restablecimiento del equilibrio económico de los contratos objeto de estudio en casos de fuerza mayor, y teniendo en cuenta que resulta indudable la existencia de fuerza mayor en la crisis sanitaria de la covid-19, la duda fundamental que debemos abordar, llegados a este punto, es la siguiente: ante un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios afectado por la situación de hecho creada por la covid-19 y por

<sup>22</sup> Así se ha sostenido, entre otras, en las SSTS de 29 de mayo de 2007 y de 16 de mayo de 2011.

las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo, ¿solo resultaría aplicable el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 como norma especial o cabría algún supuesto en el que podría aplicarse lo dispuesto, para el caso de fuerza mayor, en el señalado párrafo del artículo 270 y 290 de la LCSP? Comenzaré por un breve esbozo del concepto de fuerza mayor.

Es consabida la falta de definición del concepto de «fuerza mayor» en nuestro ordenamiento jurídico. Ante tal ausencia, suele acudir al artículo 1.105 del Código civil para fijar sus presupuestos. Este precepto reza así:

Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.

De acuerdo con la norma señalada, una ley podría hacer responder de los daños y perjuicios causados por tales acontecimientos a quienes los sufren, aunque no evitar la propia calificación de fuerza mayor, cuya concurrencia, como concepto jurídico indeterminado, depende de los hechos concretos y no de una regulación específica que es la contenida en una norma jurídica.

Teniendo en cuenta todo ello, reiterada jurisprudencia ha señalado que para que un suceso pueda considerarse fuerza mayor, en el sentido del artículo 1.105 del CC y, por tanto, suponer la exención de responsabilidad derivada de aquella calificación es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un evento imprevisible, o que previsto sea inevitable, insuperable o irresistible.
- b) Que no se deba a la voluntad del presunto deudor.
- c) Que haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que pueda sobrevenir.
- d) Que entre el resultado señalado y el evento que lo produjo exista un nexo de causalidad eficiente<sup>23</sup>.

Examinado brevemente el concepto de fuerza mayor, resulta indudable su concurrencia en la situación de hecho creada por la covid-19 y en las medidas adoptadas por las distin-

<sup>23</sup> Es especialmente ilustrativa a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1965, la cual, a pesar de su remota fecha, recoge con enorme rigor los requisitos que han de concurrir en los supuestos de fuerza mayor que pueden dar lugar a la irresponsabilidad del deudor.

tas Administraciones públicas para combatirlo<sup>24</sup>. El propio Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis señalada, apuntaba en su exposición de motivos que

las circunstancias extraordinarias que concurren constituyen, sin duda, una crisis sanitaria sin precedentes y de enorme magnitud tanto por el muy elevado número de ciudadanos afectados como por el extraordinario riesgo para sus derechos [...]. Para hacer frente a esta situación, grave y excepcional, es indispensable proceder a la declaración del estado de alarma.

Respecto de la regulación de la fuerza mayor en el Real Decreto-ley 8/2020, su artículo 34.3 establece lo siguiente:

No resultará de aplicación a las suspensiones a que se refiere el presente artículo lo dispuesto en el apartado 2 a) del artículo 208<sup>25</sup>, ni en el artículo 239 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre; ni tampoco lo dispuesto en el artículo 220, ni en el artículo 231 del 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<sup>26</sup>.

En relación con la exclusión de estos preceptos, anunciada en el artículo 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020, es necesario realizar dos consideraciones:

1. No solo se aplica en los supuestos del artículo 34.3 del Real Decreto-ley 8/2020, sino a los supuestos recogidos en cualquiera de los diferentes apartados del artículo 34 (incluido el 4.º).
2. La exclusión de estos preceptos se deriva del propio régimen especial al que son sometidos los contratos públicos recogidos en el artículo 34, cuya aplicación desplaza lógicamente las normas generales en materia de contratación pública.

<sup>24</sup> De hecho, en la propuesta del Real Decreto-ley 8/2020 que se sometió a Consejo de Ministros se incluía en el artículo 34.4 la expresión «tendrán consideración de fuerza mayor» para referirse a las medidas adoptadas con ocasión de la covid-19. Sin embargo, y a pesar de que, finalmente, esa expresión fue suprimida, no puede dudarse de la concurrencia de «fuerza mayor» en la crisis sanitaria derivada de la covid-19, así como en la adopción de las medidas derivadas de aquella.

<sup>25</sup> El artículo 208 de la LCSP, referido a la suspensión de los contratos, establece en su apartado 2.º que, acordada la suspensión, la Administración abonará al contratista los daños y perjuicios efectivamente sufridos de acuerdo con las reglas que menciona el mismo precepto. El apartado a) de ese artículo 208.2 de la LCSP establece que, salvo que el pliego que rige el contrato establezca otra cosa, dicho abono solo comprenderá los conceptos que se expresan, siempre que se acredite fehacientemente su realidad, efectividad e importe.

<sup>26</sup> Los artículos 220 y 231 del 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, tienen un contenido similar a los citados de la LCSP.

Entre los preceptos excluidos en el régimen especial del Real Decreto-ley 8/2020 se encuentra el artículo 239 de la LCSP dedicado a la fuerza mayor, cuyo primer apartado reza así:

En casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, este tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios, que se le hubieren producido en la ejecución del contrato.

El apartado segundo enumera algunos supuestos que, a los efectos indicados, tienen la consideración de casos de fuerza mayor<sup>27</sup>.

A la vista de lo anterior y respecto de los contratos de concesión de obra y concesión de servicios, no es que el artículo 34.3 excluya la fuerza mayor a los supuestos que recoge, sino que evita la posibilidad de que los remedios derivados de la fuerza mayor contenidos en el artículo 239 de la LCSP se sumen a los ya contemplados en la norma especial que es la aplicable.

Puede concluirse, por tanto, que de acuerdo con la interpretación jurisprudencial que se ha dado al concepto de fuerza mayor y a la vista de los presupuestos que han de concurrir para verificar su existencia, este implica el incumplimiento de la prestación por imposibilidad de realizar la misma, siendo así que ese es precisamente el supuesto de hecho que exige aplicar el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo.

No resulta de aplicación, por tanto, lo dispuesto para el caso de fuerza mayor en el párrafo señalado de los artículos 270 y 290 de la LCSP, en la medida en que el supuesto de hecho de esa norma se solapa con el propio del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, cuya aplicación es preferente en tanto que se trata de una norma especial que deroga a la general en su ámbito de aplicación.

Todo ello hace innecesario el análisis de los remedios contenidos en los artículos 270 y 290 de la LCSP, encaminados a restablecer el equilibrio económico de los mencionados contratos, al resultar ya irrelevantes (por inaplicables) en lo que se refiere al objeto del presente trabajo<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> El artículo 239.2 de la LCSP dispone exactamente:

Tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
- b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
- c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

<sup>28</sup> A título informativo, se indica a continuación el contenido del artículo 270.3 de la LCSP:

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las

## 5.5. Conclusiones sobre el restablecimiento del equilibrio económico en los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la covid-19

Expuesto lo anterior, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- a) Los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, afectados por la covid-19, no entran en el ámbito de aplicación de los supuestos recogidos en los artículos 270 y 290 de la LCSP para el restablecimiento de su equilibrio económico.
- b) El párrafo relativo a la fuerza mayor incluido en los artículos 270 y 290 de la LCSP no puede ser aplicado a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la covid-19, en la medida en que el supuesto de hecho de esa norma se solapa con el propio del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, razón por la cual se aplica este último precepto, por tratarse de una norma especial que desplaza a la general<sup>29</sup>.
- c) Como consecuencia de lo anterior, si a un contrato de concesión de obras o concesión de servicios afectado por la covid-19 no le resultara de aplicación, por cualquier motivo, lo dispuesto en el artículo 34.4, tampoco procedería acudir a los remedios contenidos en la LCSP, asumiendo en ese caso el contratista la pérdida de beneficios o el incremento de gastos de la explotación, derivados de la crisis sanitaria, en virtud del principio de riesgo y ventura que debe regir la ejecución de todo contrato administrativo.

---

tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado 2 anterior, y siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 por ciento de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial.

Además, el apartado 4.º del mismo artículo 270 de la LCSP otorga al contratista un derecho de desistimiento en aquellos casos en los que resulte «extraordinariamente oneroso para él», cuando concurra alguna de las circunstancias detalladas en ese precepto.

Similares medidas encontramos para el contrato de concesión de servicios en los apartados 5 y 6 del artículo 290 de la LCSP.

<sup>29</sup> En contra de esta tesis, cabe citar a Gimeno Feliú (2020), quien tras definir los remedios contenidos en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 como «reequilibrio singular» y afirmar que solo podrían solicitarse cuando la ejecución del contrato concesional resultara imposible, añade que, en el resto de supuestos, esto es, «cuando la prestación continúe», podrían aplicarse, a su juicio, las reglas generales de reequilibrio, «dado que concurren los presupuestos habilitantes de fuerza mayor y de *factum principis*».

A mi juicio, si la prestación «continuase» tampoco serían aplicables, por los motivos expuestos, los artículos 270 y 290 de la LCSP.

## 6. ¿Resultan aplicables otros remedios a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la covid-19?

Como ya he señalado a lo largo de este trabajo, la ejecución de un contrato (también los de concesión de obras y concesión de servicios) ha de realizarse a riesgo y ventura del contratista, tal y como establece el artículo 197 de la LCSP.

Sin embargo, durante la ejecución de un contrato pueden producirse determinados sucesos o circunstancias que pueden alterar las condiciones existentes en el momento de su perfeccionamiento, y de ello puede derivarse la necesidad de restablecer el equilibrio económico del contrato.

Ese desequilibrio puede producirse por distintas causas, entre las que pueden citarse:

1. La modificación del contrato o *ius variandi*, en virtud de lo establecido en el artículo 203 de la LCSP.
2. El denominado *factum principis*, y
3. El riesgo imprevisible.

Dado que el examen y estudio de la teoría del riesgo imprevisible y sus específicas aplicaciones ya ha sido abordado *supra*, analizaré en los apartados siguientes las otras dos instituciones apuntadas, respecto de su posible aplicación a la situación de hecho provocada por la covid-19.

### 6.1. *Ius variandi*

El denominado *ius variandi*, o potestad de modificación del contrato de que dispone la Administración, se enmarca dentro de la propia relación contractual, a diferencia del riesgo imprevisible o del *factum principis* que tienen su origen en acontecimientos extraordinarios, imprevistos, externos al contrato administrativo al que afectan, no imputables a las partes contratantes y producidos con posterioridad a su adjudicación.

Ello ya supondría excluir este supuesto del caso aquí analizado, aunque concurren otros motivos para confirmar tal exclusión.

En efecto, una eventual modificación del contrato tal y como se regula en el artículo 203 de la LCSP<sup>30</sup> tiene su fundamento en una potestad concreta de la Administración pú-

---

<sup>30</sup> A título informativo, el artículo 203 de la LCSP, intitulado «Potestad de modificación del contrato», preceptúa lo siguiente en su primer apartado:

blica y, por ende, solo puede ser ejercitada por razones de interés público en los casos en que así proceda.

En el caso del supuesto analizado, las eventuales pérdidas que pueden producirse a los contratistas surgen de la declaración del estado de alarma y de las medidas adoptadas como consecuencia de la crisis sanitaria que ha desencadenado la covid-19, y no de modificaciones previstas o no en el correspondiente pliego que hayan de incorporarse al contrato por motivos de interés general.

## 6.2. *Factum principis*

Como ya adelanté más arriba, en el epígrafe 5.3.1, al estudiar el restablecimiento del equilibrio económico mediante la LCSP, el principio *factum principis* se recoge expresamente en los artículos 270.2 b) y 290.4 b) de la LCSP<sup>31</sup>, para los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, respectivamente.

---

Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207 [especialidades procedimentales].

El segundo apartado del citado artículo dispone, por su parte, lo siguiente:

Los contratos administrativos celebrados por los órganos de contratación solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando así se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en los términos y condiciones establecidos en el artículo 204.

b) Excepcionalmente, cuando sea necesario realizar una modificación que no esté prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre y cuando se cumplan las condiciones que establece el artículo 205.

Las modificaciones contempladas en el artículo 205 de la LCSP se refieren a aquellas no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, como prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales.

<sup>31</sup> El artículo 270.2 b) de la LCSP establece lo siguiente para los contratos de concesión de obras:

Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

[...]

b) Cuando 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.

Por su parte, el artículo 290.4 b) de la LCSP recoge idéntica norma para el contrato de concesión de servicios.

El *factum principis* surge en el seno de un contrato o concesión cuando la Administración, mediante una decisión voluntaria nacida del poder general de *imperium*, lesiona las condiciones económicas del contrato alterando, de este modo, el equilibrio económico del mismo.

En este caso, no cabe considerar como *factum principis* la eventual ruptura del equilibrio económico-financiero de los contratos de concesión de obra y concesión de servicios afectados por la situación de hecho de la covid-19 y las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo.

Y ello porque la alteración de la materia económica de los citados contratos no se deriva del poder general de *imperium* de la Administración, sino del reglamento por el que se decretó el estado de alarma, esto es, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19, y la sucesiva normativa que ha ido modificando aquel y adoptando las medidas necesarias a la situación creada por la crisis sanitaria. Especialmente, se excluye el *factum principis* cuando esos reglamentos se han dictado como consecuencia de una pandemia mundial derivada de una situación absolutamente excepcional<sup>32</sup>.

Además, los artículos 270.2 b) y 290.4 b) de la LCSP exigen que la ruptura del equilibrio económico de los respectivos contratos de concesión se produzca por actuaciones de la Administración pública concedente, algo que, en este caso, no se cumple exactamente al haberse adoptado las medidas, al menos *ab initio*, por el Gobierno.

Tras esta conclusión resulta ocioso, atendiendo a los fines de este trabajo, examinar los requisitos necesarios para la aplicación del principio de *factum principis*.

## 7. Conclusiones finales

El 14 de marzo de 2020, el Gobierno de España declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional con el fin de gestionar la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19. Ello supuso una paralización casi total de la actividad económica en España y provocó graves consecuencias sobre la actividad de los sectores productivos, que trataron de mitigarse mediante la adopción de un conjunto de disposiciones articuladas en sucesivos reales decretos-leyes dictados por el Gobierno.

En concreto, 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 de la COVID-19,

---

<sup>32</sup> En los dictámenes del Consejo de Estado núms. 31/92 y 32/92 se descartó la existencia de un supuesto de *factum principis* al derivarse el daño de una norma reglamentaria (no de un acto derivado del poder general de *imperium* de la Administración), que además se había aprobado como consecuencia de las exigencias de la economía mundial.

recoge una serie de medidas, en materia de contratación pública, encaminadas a paliar las consecuencias de la covid-19.

En concreto, el apartado 4.º de ese Real Decreto-Ley 8/2020 establece diversos remedios aplicables a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios afectados por la situación de hecho creada por la covid-19 y por las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo.

En lo referente a la naturaleza e interpretación del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y a la vista de lo expuesto a lo largo del presente trabajo, procede extraer las siguientes conclusiones:

1. Durante la vigencia de la norma se han sucedido diversas interpretaciones de la misma, entre las que destaca una interpretación literal o restrictiva que solo acepta el restablecimiento del equilibrio económico de los referidos contratos de concesión cuando se cumple estrictamente el supuesto de hecho de la norma, y otra interpretación finalista que acepta una aplicación más amplia del mismo.
2. El artículo 34.4 se configura como una norma especial frente a la legislación general en materia de contratación pública (especialmente, la LCSP) y, por tanto, ha de aceptarse la preferencia aplicativa de aquella norma frente a los artículos 270 y 290 de la LCSP y el resto de normas generales aplicables a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios.

En cuanto al restablecimiento del equilibrio económico de los referidos contratos de concesión, pueden plantearse las siguientes conclusiones:

1. El ámbito de aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020 abarca todos los contratos que, con arreglo a sus pliegos, estén sujetos a las normas recogidas en el apartado 7.º del mismo precepto y, en todo caso, han de incluirse todas las entidades del sector público, también las sociedades estatales y fundaciones del sector público.
2. El supuesto de hecho del artículo 34.4 incluye los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios, vigentes a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2020, afectados por la situación de hecho creada por la covid-19 y las medidas adoptadas por las diferentes Administraciones públicas para combatirlo.  
La norma exige para su aplicación, además, que el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato, como consecuencia de la situación descrita en el párrafo anterior y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.
3. Respecto del concepto de imposibilidad contenido en el artículo 34.4, se ha interpretado el mismo, por una parte, como una inviabilidad absoluta de ejecutar el

contrato debido a las medidas adoptadas por la covid-19 y, por otra parte, como una inviabilidad relativa que permitiría la aplicación del precepto a partir de una mera minoración relevante de ingresos o incremento de gastos para el concesionario, igualmente como consecuencia de las medidas adoptadas por la covid-19.

Sin aceptarse ninguna de las dos interpretaciones y partiendo de los requisitos exigidos en la teoría del riesgo imprevisible, lo más razonable es entender el concepto de «imposibilidad de ejecución del contrato» contenido en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 como el impacto ocasionado al contratista, a través de las medidas adoptadas por la covid-19, cuando genere un efecto desmesurado sobre el equilibrio económico-financiero del contrato que produzca una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido, en el sentido expuesto en el presente trabajo.

En el epígrafe 5.2.3. de este trabajo se han recogido algunos supuestos en los que tanto la jurisprudencia como el Consejo de Estado han aplicado este criterio para apreciar una ruptura del equilibrio económico del contrato.

En el supuesto de la crisis sanitaria producida por la covid-19, será necesario conocer, en cada caso, las cifras concretas de la pérdida de beneficios o incremento de gastos ocasionados a los contratistas, para apreciar esa imposibilidad de la ejecución contenida en el artículo 34.4, entendida así como dificultad grave en el cumplimiento del contrato que produce un quebranto económico total (o global) en el mismo.

4. Ante un contrato de concesión de obras o concesión de servicios afectado por la situación de hecho creada por la covid-19 y por las medidas adoptadas por las distintas Administraciones públicas para combatirlo, no cabría aplicar los remedios contenidos en los artículos 270 y 290 de la LCSP para el mantenimiento del equilibrio económico de los indicados contratos de concesión.

Tampoco resultaría de aplicación lo dispuesto para el caso de fuerza mayor en uno de los párrafos de los artículos 270 y 290 de la LCSP, en la medida en que el supuesto de hecho de esa norma se solapa con el propio del artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020, que resultaría aplicable con preferencia a aquel, en tanto que norma especial vs. general.

Por consiguiente, los concesionarios de obras o de servicios afectados por la covid-19 que no puedan acogerse a los remedios incluidos en el artículo 34.4 del Real Decreto-ley 8/2020 asumirán la pérdida de beneficios o el incremento de gastos de la explotación, derivados de la crisis sanitaria, en virtud del principio de riesgo y ventura que debe regir la ejecución de todo contrato administrativo.

5. Finalmente, no resultan aplicables al supuesto objeto de estudio ni el denominado *ius variandi* ni tampoco el principio de *factum principis*.



## Referencias bibliográficas

Bobbio, N. (1960). *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*. G. Giappichelli Editore.

Gimeno Feliú, J. M. (2020). La crisis sanitaria del COVID-19 y su incidencia en la contratación pública. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87.

Tardío Pato, J. A. (2003). El principio de especialidad normativa (*Lex specialis*) y sus aplicaciones jurisprudenciales. *Revista de Administración Pública*, 162.

Villar Ezcurra, J. L. (2020). Medidas extraordinarias para las concesiones de servicios y obras en el Real Decreto-ley 8/2020 como consecuencia de la COVID-19. *Hay Derecho. Expansión*.

Ximena Lazo, V. (2020). Contratos de concesión y COVID-19. ¿Una solución ad hoc para el reequilibrio económico? *Observatorio de Contratación Pública*.