

La nueva Directiva de Concesiones: El reparto de riesgos.

Síntesis descriptiva del trabajo de investigación o tesis doctoral

La concesión de obras o de servicios es un negocio jurídico de duración determinada entre el Poder Adjudicador concedente y una persona física o jurídica concesionaria, por el que este último llevará actuaciones que son competencia de la primera, y cuya remuneración no depende de ésta, sino de la explotación que el concesionario haga. Es uno de los modelos de Colaboración Público Privada más utilizados.

El objetivo es aprovechar los conocimientos especializados del operador económico, así como evitar la consolidación fiscal de la deuda en el presupuesto de la Administración concedente, especialmente interesante en periodos de crisis. En otras palabras, las concesiones constituyen un instrumento que algunos Estados miembros utilizan para realizar y financiar grandes obras de infraestructura, como las redes ferroviarias, las redes de carreteras, etc.

En cualquier caso, la tendencia a la externalización de infraestructuras y servicios públicos prestados tradicionalmente por la Administración ha sido creciente en numerosos países en las últimas décadas. El interés de diversos Estados Miembros de la UE deriva en parte de las exigencias del Pacto de Estabilidad y Crecimiento de 1997, que les prohibía incurrir en déficit excesivo, obligándoles al equilibrio o superávit presupuestario.

Es esta tendencia creciente la que lleva a la elaboración de esta tesis, cuyo título reza “La nueva Directiva de Concesiones: El reparto de riesgos” y en la que se estudia, como no podía ser menos, la nueva *Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión*, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 94 de 28.3.2014 y cuya fecha de trasposición prevista era el 18 de abril de 2016.

Pero en realidad, la Directiva es la excusa perfecta para llevar a cabo un extenso análisis sobre el concepto de concesión y cuáles son sus notas fundamentales; en qué consiste el novedoso concepto de riesgo operacional y por qué es tan importante que quede en manos del concesionario; el motivo por el que las concesiones de servicios se regulan por primera vez en una norma vinculante a nivel europeo, así como hacer breve recorrido de la normativa (especialmente *soft law*) que han conducido a la promulgación de esta Directiva.

También se entra a valorar si la misma ha logrado la ansiada armonización de regímenes jurídicos. Con esta finalidad, se examina su transposición en tres países de la UE, entre ellos, como no, España.

En el análisis de las concesiones es clave el principio de riesgo y ventura. Así, se estudia cómo articular este importante mecanismo, que sólo se puede utilizar de manera restrictiva y que favorece las inversiones al garantizar al operador económico sus inversiones en caso de alteraciones sustanciales respecto a las condiciones iniciales del contrato, de tal manera que no altere el reparto de riesgos, eliminando consecuentemente la concesión.

No podremos dejar aquí de mencionar la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, que ha sufrido importantes cambios a raíz de la promulgación de la LCSP, ni el rescate, figura de especial interés en la actualidad por el encendido debate sobre la “remunicipalización” de los servicios.

Si bien el reparto de riesgo se debe hacer atendiendo al caso concreto, nos arriesgaremos a hacer una serie de recomendaciones en cuanto a su asignación en función de diferentes sectores, innovaciones, aversión o neutralidad al riesgo, existencia de externalidades y otra serie de variables.

También haremos una propuesta en cuanto a la forma de gestionar el riesgo *dentro* de la estructura del poder o entidad adjudicadora, estableciendo responsables de los riesgos en los diferentes niveles, que controlarán que estos no se disparen y tendrán protocolos de actuación en caso de desviación de los objetivos o de detección de contingencias.

Para investigar todos estos aspectos en profundidad la tesis se estructura en diez capítulos.

El **CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN** es la búsqueda de una definición de la Colaboración Público Privada y de una de sus manifestaciones concretas, como es la concesión. En él se explican sus principales características, sus ventajas y desventajas y los motivos que justifican su utilización. Es este un capítulo descriptivo en el que se proporcionan gran cantidad de datos y ejemplos, a través de los cuales se aprecia en qué sectores se ha producido más este tipo de contratación y las alteraciones en su uso por países, en función de la situación económica, fondos recibidos e incentivos de los gobiernos.

Para hacer esta definición de la CPP se lleva a cabo un breve estudio de la Directiva y 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, estudios ambos que serán profundizados en sendos

capítulos autónomos. De este sucinto análisis previo se desprende ya que la clave de la concesión es la remuneración mediante la explotación con transferencia del riesgo a un sujeto privado.

También se hace breve repaso de las características de la CPP, así como de sus ventajas y desventajas.

Por último, se hace un reducido inciso sobre los Servicios de Interés General (SIG), que quedan excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva de Concesiones; y sobre los Servicios de Interés Económico General (SIEG), que si se prestan de forma indirecta a través de concesión sí se someten a las reglas de la Directiva.

En el **CAPÍTULO II** se examinan los instrumentos legislativos y de soft law que han servido de precedente para la actual Directiva. Mención especial merecen los reglamentos SEC de 1995 y de 2010 respectivamente, así como la *New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships* y el *Libro Verde sobre la Colaboración Público-Privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones*.

Este estudio pretende ayudar al lector a comprender la actual Directiva y el motivo de que sea más bien una regulación basada en principios y que da gran flexibilidad a las entidades concedentes. Así mismo ayudará en capítulos posteriores a aclarar la diferencia entre la regulación que hace ésta del negocio concesional y de lo que el SEC entiende por CPP, explicando así sus distintas finalidades.

En el **CAPÍTULO III**, que lleva por título: **DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN** se estudian, lógicamente, sus disposiciones. No se trata de un análisis sistemático de la misma, sino que se enfoca principalmente en aquellos artículos referidos a la transferencia del riesgo o que pueden afectar directamente a esta asignación.

En particular se profundizará en la duración de la concesión, por la novedad que introduce la Directiva al fijar un plazo máximo de cinco años, plazo que se puede superar, pero únicamente justificándolo en la imposibilidad de recuperar las inversiones realizadas junto a un beneficio razonable en esos cinco años.

Por supuesto, se estudia también la forma de calcular el valor estimado de una concesión. No es este un tema pacífico, y no lo es porque este valor estimado es clave en la preparación del contrato, que influirá en el buen desarrollo y fin del mismo.

Además se examina la jurisprudencia del TJUE, en relación con determinados artículos, demostrando como gran parte del contenido de la Directiva existía previamente, sólo que no se había recogido en un texto de rango legal.

En este capítulo no podía faltar un breve análisis de las múltiples y variadas exclusiones que hace la propia Directiva. Veremos que muchos sectores quedan eximidos de aplicar su regulación por diversos motivos justificados en la Directiva e intentaremos hallar las causas en el devenir legislativo de los últimos años y las presiones de los ciudadanos de la Unión Europea y de los Estados Miembros que no querían un exceso regulatorio en determinados sectores. Algunas de las causas de exclusión estaban ya fijadas en las Directivas de 2004, mientras que otras suponen una positivación de la jurisprudencia del TJUE. Una causa de exclusión muy importante es que el sector concreto haya sido liberalizado y se encuentre sometido a la competencia.

El **CAPÍTULO IV** entra de lleno en el tema principal de la tesis: **LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO**. Se explica aquí el concepto del riesgo y para ello se emplea una clasificación de las concesiones en función del tipo de riesgo que asume el concesionario.

Una vez hecha esta clasificación, se estudian los distintos tipos de riesgo que componen el operacional según la Directiva y se enfrentan estos conceptos a los recogidos por el SEC 2010. Especialmente, el riesgo de disponibilidad frente al riesgo de oferta y suministro. Así mismo se intenta aportar una explicación a este cambio conceptual súbito de la Directiva definitiva.

Veremos también los diferentes objetivos perseguidos por uno y otro texto legal y el porqué de sus diferencias.

En el ámbito de las concesiones no podemos dejar de analizar el principio de riesgo y ventura, que preside cualquier tipo de contrato, contraponiéndolo al principio de equilibrio del contrato, mecanismo que se activa en determinadas situaciones tasadas en el negocio concesional.

A esta garantía que supone la técnica del reequilibrio, se suma la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, tema que ha recibido mucha atención últimamente, debido al profundo cambio que ha supuesto la LCSP. Y dentro de esta RPA es de obligada mención y estudio el concepto de “remunicipalización”.

El **CAPÍTULO V. LA DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO** analiza cómo, dentro del cumplimiento del requisito de la transferencia del riesgo operativo, se deben asignar los distintos tipos de riesgos para alcanzar un óptimo que permita maximizar la función del bienestar social.

También proporciona información en cuanto a la forma de articular el proyecto para maximizar la función de utilidad social. En otras palabras, si, en función de las características del sector y de la infraestructura o servicio que se licite, de la cantidad de información de que se dispone, de la existencia de externalidades y de que los costes operativos de la fase de explotación dependan de la calidad de la infraestructura, es mejor licitar conjuntamente una concesión de obra y servicios, o bien es más interesante un contrato o concesión de obras y posteriormente una concesión de servicios.

Por supuesto, no podremos dejar de mencionar aquí diversas fórmulas de remuneración del concesionario que aseguren la efectiva transferencia del riesgo operativo.

En el **CAPÍTULO VI** se trata **LA GESTIÓN DEL RIESGO**, tema de mucha importancia porque en los últimos años los riesgos a los que se enfrentan tanto el Sector Público como el Privado han aumentado al incrementarse las interdependencias a nivel global, las exigencias normativas generales y en sectores específicos a nivel regional, estatal y global; las demandas de calidad de ciudadanos y usuarios finales de los servicios y el control de los gastos en relación a los recursos escasos.

Como en la gestión del riesgo es vital la elaboración de un estudio de viabilidad, en esta tesis se proponen cuatro fases a seguir para su correcta elaboración, fases que se pueden simplificar en proyectos de menor calado. Dentro de estas fases sugerimos también diversos indicadores que pueden resultar de utilidad a efectos comparativos entre alternativas. Entre ellos mencionaremos el *Value For Money* de la concesión, para cuyo cálculo es de utilidad el *Public Sector Comparator*.

Por otra parte se sugiere el establecimiento, dentro de las Administraciones Públicas, de una “Gobernanza del Riesgo” propia, a imitación de aquella de la que disponen las empresas, que no sea una función independiente y autónoma de gestión del riesgo, sino inherente a todas las funciones de la organización. La justificación es que también actúan como sujetos de mercado, en un entorno muy cambiante y que los contratos son cada vez más complejos, especialmente en el ámbito de las concesiones.

Y por último, como modelo de gestión del riesgo ya probado, se examinan los sistemas BIM (*Building Information System*).

El **CAPÍTULO VII** estudia la evolución del negocio concesional en **ESPAÑA** hasta nuestros días, haciendo un repaso a la legislación y normativa.

Debido a que la trasposición de la Directiva no se llevó a cabo en el plazo por diversas circunstancias políticas, durante un lapso de tiempo bastante amplio se dio en España el efecto directo de las Directivas, junto al ya derogado TRLCSP.

En esta tesis se hace un análisis de la nueva LCSP, a fin de detectar los cambios más importantes en sus disposiciones normativas respecto al ya derogado TRLCSP y al APLCSP, que no llegó a aprobarse a tiempo, y para hacer una ligera crítica a la nueva manera de regular las antiguas modalidades del contrato de gestión de servicios.

Dentro del estudio concesional en nuestro país, es necesario mencionar la Oficina Nacional de Evaluación (ONE) y sus novedosas funciones de control de la sostenibilidad financiera de concesiones de obras y servicios *ex ante*, además de hacer una breve reflexión sobre el fracaso del negocio concesional de autopistas en nuestro país, en particular el conocido caso de las radiales de Madrid.

En el **CAPÍTULO VIII** se estudia la legislación y su evolución, así como la práctica en concesiones en **ITALIA**. Hemos elegido este país seleccionado porque su tradición legislativa y jurídica es muy similar a la nuestra y porque también han hecho un gran uso de los contratos de CPP y de concesión, con resultados similares a los nuestros.

El **CAPÍTULO IX**, está dedicado a **ALEMANIA**, país escogido porque su tradición jurídica es relativamente diferente a la nuestra (en particular su manera de regular la contratación pública y en concreto las concesiones), pero también comparte con España e Italia la existencia de “*Länder*” que obligan a un reparto de las competencias.

Por último, en el **CAPÍTULO X** se resumen las **CONCLUSIONES** extraídas de cada capítulo.

A título de ejemplo, de un primer y previo análisis se desprende ya, que la clave de la concesión es la remuneración mediante la explotación con transferencia del riesgo a un sujeto privado. Y esto supone que es el concesionario el que busca los medios de financiación de la obra y/o el servicio a prestar. La financiación pública, que se admite sólo en casos excepcionales y debidamente justificados, puede ser en metálico o en especie.

Por otra parte, son varios los motivos que justifican la Colaboración Público Privada, (uno de cuyos principales exponentes son las concesiones): la falta de flexibilidad de la contratación tradicional en el sector público necesaria para adquirir las nuevas infraestructuras y servicios demandadas por una sociedad cada vez más desarrollada (a lo que se vincula el derecho a una buena administración que implica una mejor eficacia y eficiencia en la actividad pública); la imposibilidad de financiarlos mediante los recursos del erario público (la CPP permite fraccionar

y diferir el pago y repercutir su coste en todos los usuarios, motivo al cual se suman las exigencias de estabilidad presupuestaria de la política europea); la necesidad de ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas; y las demandas de desarrollo sostenible, innovación e investigación (en dónde es clave la participación e implicación del sector privado, más especializado y capaz de lograr un aumento en la competitividad de la UE).

No obstante lo dicho, en ocasiones, se ha acudido a este tipo contractual por razones equivocadas (generalmente falta de recursos públicos para atender determinados servicios), dando lugar a proyectos poco eficientes, que en muchos casos han fracasado, con los costes adicionales que ello comporta. Además, que se difieran los costes, no implica que no haya un gasto. Los pagos serán periódicos a lo largo del tiempo, y el coste de la financiación privada, que es más cara que la pública, acabará repercutiendo en la ciudadanía.

En definitiva, una vez analizados los orígenes de la Colaboración Público Privada y los principales problemas que se puede encontrar, esta tesis trata de racionalizar el uso de este tipo contractual dando las claves para optar por una concesión o un contrato, y en caso de que la opción concesional sea la más coste-eficiente, lograr un reparto de riesgos que haga realidad la transferencia del riesgo operacional, minimizando los costes del negocio y maximizando el beneficio social.