

XIV SEMINARIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
Diez años de las Directivas de contratación pública:
balance y prospectiva

**BALANCE PROSPECTIVO DE LA DIRECTIVA
DE CONCESIONES**

Francisco Hernández González
Universidad de la Laguna



Panticosa, 18-06-2024

SUMARIO:

1º. ¿DE DÓNDE VENIMOS?:

- ✓ RELEVANCIA DE LAS CONCESIONES – DIRECTIVA 2014

2º. ¿DÓNDE ESTAMOS?:

- ✓ CRISIS DE LAS CONCESIONES – LCSP 2017

3º. ¿HACIA DÓNDE VAMOS?:

- ✓ REACTIVACIÓN DE LAS CONCESIONES-PROPUESTAS

1º. ¿DE DÓNDE VENIMOS?:

- **Consejo de Estado:** concesión = “gestión colaboradora del particular en relación con una esfera de actuación administrativa”

Permite atraer capital privado en escenarios de restricción presupuestaria sin aumentar la deuda pública (RD-ley 36/2020)

- **Ss. XIX-XX:** grandes **obras** y **servicios** necesitados de **financiación privada** (ferrocarriles y tranvías, transporte urbano, suministro de energía, telefonía, abastecimiento de agua, recogida de residuos,...).

Alphonse de LAMARTIN (1850): *“Quand vous voulez la pluie, il faut vouloir les nuées”*

La Ley de ferrocarriles de 1877 vino precedida de una fuerte crisis de las compañías ferroviarias, que obligó al Gobierno del sexenio revolucionario a crear un fondo para salvarlas de la quiebra. Ante esa situación, Pi y Margall preguntaba: "Una vez más, ¿es justo que venga el Estado a ampararlas y a sacarlas del atolladero?"

LEY GENERAL
SOBRE COMPAÑÍAS DE
FERRO-CARRILES.
Y DEMÁS
CONCESIONARIAS DE OBRAS PÚBLICAS.

PROYECTO PRESENTADO A LAS CORTES POR
EL SEÑOR MINISTRO DE FOMENTO. DICTÁMEN DE LA COMISIÓN.
DISCUSIÓN HABIDA PARA SU APROBACIÓN Y VOTACIÓN
PROMULGADA POR S. A. EL REGENTE
EN 13 NOVIEMBRE ÚLTIMO.

MADRID
IMPRENTA DE JUAN FERNÁNDEZ
Prado de los Condes, 3, bajo

1869.

Concesión de obras públicas:

- ✓ *Ley de obras públicas de 1877*
- ✓ *Reglamento de obras, servicios y bienes municipales de 1924*

Concesión de servicios públicos:

- ✓ *Estatuto municipal de Calvo Sotelo de 1924*
- ✓ *Reglamento de servicios de las Corporaciones Locales de 1955*

Características:

- Naturaleza: contrato público “Estado contractual”
- Procedimiento: licitación pública (principio de concurrencia)
- Retribución: usuarios (c. calientes) o Administración (c. frías)
- Modelo económico: principios de remuneración suficiente y de equilibrio económico-financiero del contrato. ARIÑO: “rigidez del servicio-flexibilidad del contrato”

DIRECTIVA 2014/23 DE CONCESIONES:

Protagonistas



Michel Barnier

*Eurodiputado francés Comisario
de Mercado interior y Servicios*



Philippe Juvin

*Eurodiputado francés ponente de la
reforma de las concesiones*

-Médico anestesista-



Marc Tarabella

*Eurodiputado belga ponente de la
reforma de los contratos públicos*

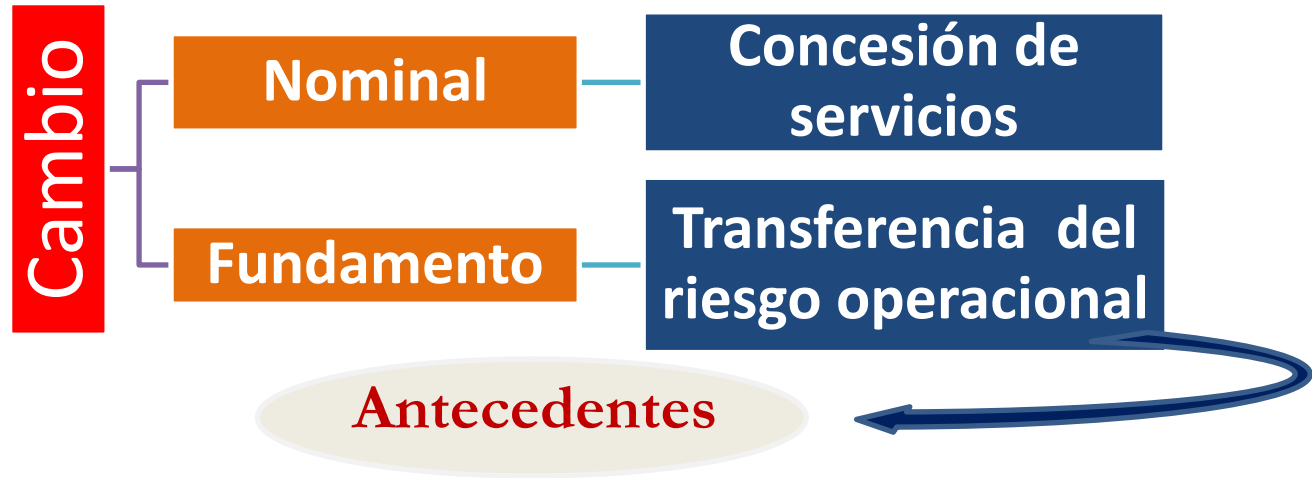
-Sociólogo-

OBJETIVOS:

- *Reforzar la seguridad jurídica*
- *Eliminar obstáculos en el mercado interior (acceso de pymes)*
- *Uso más eficiente del dinero público (estabilidad cuentas públicas)*
- *Mayor flexibilidad que en los contratos públicos*



DIRECTIVA 2014/23 DE CONCESIONES:



REMUNERACIÓN - TRANSFERENCIA DEL RIESGO

STJ Parking Brixen 2005

STJ Eurawasser 2009

Ley 13/2003, concesión de obras públicas. **Art. 225. Retribución del concesionario:**

- **Precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra**
- **Rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial**
- **Las aportaciones de la propia Administración de acuerdo con lo previsto en esta ley, debiendo respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario**

CONCEPTO DE RIESGO OPERACIONAL:

- ✓ **Derecho mercantil:** toda posible contingencia que pueda provocar pérdidas debido a factores externos o internos

- ✓ **SEC-2010:** *riesgos de construcción* y, al menos, de *disponibilidad* (cantidad, calidad y seguridad) y de *demanda* (número de usuarios)

- ✓ **Directiva 2014/23:** riesgo de demanda, de suministro (oferta) o ambos



inversiones y costes no garantizados (pérdidas de explotación) + incertidumbres del mercado + **externo** (ajeno a la gestión) + **en condiciones normales de funcionamiento** (previsible) + limitado

Riesgo a tener pérdidas por la explotación. No es incompatible con la posibilidad de tener unos beneficios razonables (STJ Teleaustria)

TJUE: RIESGO DE EXPLOTACIÓN

Independiente de quien remunera el contrato

No se compensen las pérdidas de explotación

Incertidumbres del mercado

Ajeno a la gestión del contrato

Significativo

Nivel de frecuentación
(= demanda)

DIRECTIVA: cdo. 18 y art. 5 RIESGO OPERACIONAL

No garantice recuperación de costes e inversiones

Incertidumbres del mercado

Ajeno a la gestión (incierto)

En condiciones normales de funcionamiento (previsible)

No sea nominal o desdeñable

De demanda, suministro o ambos

RIESGO OPERACIONAL: *¿riesgo de disponibilidad?*

 La Directiva flexibiliza el criterio del TJUE: pagos por frecuentación o por disponibilidad (CCPP)

 La Directiva excluye el riesgo de disponibilidad: “*no existe concesión cuando la retribución dependa de que se acomode a estándares o indicadores de calidad*”

Transformación de las tradicionales concesiones de servicios públicos en contratos de servicios

- Planes Extraordinarios de Inversión en Carreteras (PIC) de 2010 y 2017: las concesionarias asumen los **riesgos de construcción, financiación y disponibilidad** de la infraestructura (mantenimiento por 27 años)

*En Europa: el **pago por disponibilidad** ha pasado de representar menos del 5% del total de proyectos de colaboración público-privada a superar el 90%.*

2º. ¿DÓNDE ESTAMOS?: Ley 9/2017

- ✓ Supresión del **contrato de gestión de servicios públicos** y del **contrato de colaboración público-privada**
- ✓ Distinción entre **concesión de servicios** y **contrato de servicios** basada en la **transferencia del riesgo operacional**
- ✓ Régimen específico del **contrato de servicios a las personas**

CONCESIÓN DE OBRAS: retribución concesionario (art. 267)

- Tarifas abonadas por los **usuarios** por la utilización de las obras
- Pagos por la **Administración** teniendo en cuenta el grado de **disponibilidad** ofrecido por el concesionario y/o su **utilización** por los usuarios

Autopistas de peaje: a) **canon de demanda** (frecuencia de uso) y b) **canon de estado de infraestructura y calidad del servicio** (disponibilidad y calidad)

CONCESIÓN DE SERVICIOS: Retribución concesionario (art. 289)

- Retribución fijada en función de su **utilización** que se percibirá directamente de los **usuarios** o de la propia **Administración**
¿Construcción y explotación de un centro sociosanitario?

DURACIÓN DE LAS CONCESIONES:

- Directiva (art. 18.2): + 5 años = tiempo razonable para recuperar las inversiones + un rendimiento sobre el capital invertido
- **LCSP: Art. 29.6.** Aplicación de los límites temporales tradicionales (40, 25 y 10 años) (...) + 9. “*periodo de recuperación de las inversiones*” = RD 55/2017: **tasa de descuento homogénea** con independencia del tipo de proyecto y del nivel de riesgo

EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO:

- Directiva (art. 43): obras o servicios adicionales y por **circunstancias imprevisibles** ≤ 50% del valor de la concesión original
- **LCSP (arts. 270 y 290):** *ius variandi*, circunstancias sobrevenidas (*riesgo imprevisible*), actuaciones de la Administración concedente (*factum principis propio*) y fuerza mayor.

Se excluye: el incumplimiento de las previsiones de la demanda

3º. ¿ HACIA DÓNDE VAMOS?:

¿La regulación de las concesiones responde a los tiempos presentes?

3.1. ¿SE CUMPLEN LOS OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA?

- **Concesiones:** *incentivar la inversión pública y privada en infraestructuras y servicios estratégicos; no computan en el déficit*
- **Informe de la Comisión de 2023 (2016-2021):**
 - ✓ **12%** valor total del mercado de contratos
 - ✓ Doble de concesiones adjudicadas que en 2016 (+servicio; -obras)
 - ✓ Sectores: 1º. **Servicios de hostelería, restauración y comercio minorista;**
2º. **Servicios recreativos, culturales y deportivos**
 - ✓ Francia, Italia, España y Alemania: 85% de las concesiones
 - ✓ **Problemas:** calificación de los contratos, falta de concurrencia y modificaciones. ¿Aumento de licitaciones desiertas?

3.2. LAS CIFRAS DEL MERCADO CONCESIONAL EN ESPAÑA:

➤ Informe especial del OIReScon de 2023:

- ✓ **Volumen:** a) Licitaciones: 1,37% del total y 3,88% del importe económico; b) Adjudicaciones: 0,79% de contratos y 3,43% del importe económico
- ✓ **Efecto multiplicador:** 2,7 (PBL: 3.900 millones; VEC: 1.500 millones)
- ✓ **Tipo de concesiones:** 87% de concesiones de servicio
- ✓ **Sectores:** 1º. Servicios de hostelería y restauración; 2º. Servicios culturales y deportivos; y 3º. Servicios de salud y asistencia social
- ✓ **Duración:** 2 años (15,35%). 2022: sólo 6 concesiones superan los 30 años
- ✓ **Procedimiento:** abierto (duración media: 137 días)
- ✓ **Concurrencia:** media de 1,97 licitadores por contrato o lote (frente al 3,21 del resto de contrato). En 2022, el **54,71%** tuvieron un licitador.
- ✓ **Licitaciones desiertas:** **20,51%** (frente al 9,93% del resto de contratos)

OIRsCon: “Infrautilización del contrato de concesión en España”

3.3. PROSPECCIÓN DE FUTURO (1):

1º. Flexibilizar el concepto de concesión:

- Lo importante es que exista la posibilidad de una potencial pérdida ya sea por riesgo de demanda o de disponibilidad (Francia, Alemania, Italia,...).
 - *Hace innecesario crear nuevas figuras de colaboración público privada (RD.-ley 36/2020: PERTES)*

2º. Flexibilizar la duración de las concesiones:

Ley de desindexación de la economía = ley de desincentivación de licitadores

- **Propuesta CEOE 2022:** tasa de descuento entre el 7% y el 12%
- **RD.-ley 36/2020 (art. 56):** mayor periodo para recuperar la inversión en las concesiones financiadas con fondos Next Generation (6,85%)

Vincular la duración de las concesiones con el tipo de proyecto y el nivel de riesgo asumido (resto países europeos)

3.3. PROSPECCIÓN DE FUTURO (2):

3º. Flexibilizar el procedimiento

- Fase previa de negociación con los operadores económicos (objeto, nivel de riesgo, valor estimado, duración,...)

Potenciar la concurrencia y reducir las adjudicaciones desiertas

4º. Supervisión y evaluación de las concesiones adjudicadas

- Evaluar la ejecución: ¿rescate, secuestro o renuncia?

5º. Formación y especialización del personal

➤ Informe OIReScon 2023. Irregularidades relevantes:

- Calificación del contrato
- Valoración transferencia del riesgo operacional (95%)
- Duración sin vinculación al periodo de recuperación (70%)
- Defectos del procedimiento: art. 131.2 LCSP (proc. restringido concs. de servicios especiales Anexo IV), proc. abierto simplificado, etc.

FIN

La *transferencia de riesgos* constituye también el elemento clave a efectos de la determinación de los niveles de déficit y deuda públicos derivados de concesiones y de contratos de colaboración público-privada.

Como regla básica, los activos de la colaboración público-privada se deben computar como activos no públicos y, por lo tanto, se deben contabilizar en el balance del socio privado si este asume los *riesgos de construcción* (inversión, costes financieros, retrasos,...) y, al menos, el *riesgo de disponibilidad* (cantidad y calidad alcanzada en la prestación) o el *riesgo de demanda* (número de usuarios), o ambos, tal como fue diseñado en el contrato.

Por el contrario, considera riesgos que pueden recaer en los gobiernos los derivados de fuerza mayor, de acontecimientos excepcionales o de las acciones del gobierno que modifican las condiciones acordadas previamente.

Ciertos riesgos, como un riesgo puramente financiero (relacionado con el aumento de los costes del capital prestado), riesgos regulatorios (en relación a los cambios en el entorno regulatorio), riesgos de construcción (comunes a los contratos de obras públicas), los riesgos de gestión (mala gestión o errores de juicio por parte del operador económico) no pueden ser considerados como riesgo operacional. Forman parte del riesgo y ventura del contratista.

Real Decreto 55/2017 (art. 10):

- **Periodo de recuperación de la inversión:** número de años necesarios para que el sumatorio de los **flujos de cajas** esperados (procedentes de las actividades de explotación y de inversión), descontados con la **tasa de descuento**, sea igual o mayor que cero.
- **Tasa de descuento:** rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a 10 años en los últimos 6 meses incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos.