

# NUEVOS PARADIGMAS DE LA CONTRATACION PUBLICA: LA TRANSPARENCIA Y LA INTEGRIDAD EN UN CONTEXTO DE PREVENCION DE LA CORRUPCION

**“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”**

Patricia Valcárcel Fernández

*Prof<sup>ta</sup>. Titular de Derecho Administrativo (Acreditada como Catedrática)*

*Universidad de Vigo*

*[pvalcarcel@uvigo.es](mailto:pvalcarcel@uvigo.es)*

*Zaragoza, 3 de mayo de 2017*

*“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

# **I.- ASPECTOS GENERALES**

## *“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

- Relevancia en las últimas décadas de las CPP para la realización de proyectos públicos (obras y servicios)
- *Pero*..... las fórmulas de CPP son muy variadas
- Descansan en 2 pilares:
  - a) La durabilidad de la relación entre las partes implicadas. Operaciones en horizontes de medio y largo plazo.
  - b) Cada proyecto exige una meditada distribución de los roles asumidos por los socios involucrados. Necesidad de abordar un adecuado reparto de costes, riesgos y beneficios.
- **Comisión Europea**: los negocios de naturaleza concesional pueden considerarse los contratos “estrella” que están en la base de las CPP. La mayor parte de las CPP tienen una base concesional.

## *“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

- Las razones por las que la CPP han ido alcanzando relevancia han ido evolucionando (síntesis reciente):
  - **Políticas neoliberales** a partir de la recuperación de las economías tras la II GM que eclosionan en la década de los 80, con epicentro en el mundo anglosajón. Ola de privatizaciones incluye la celebración de contratos de filosofía CPP.
  - **Razones “europeístas”**: Necesidad de cumplir los criterios económicos para estar en la tercera fase de la Unión Económica y Monetaria. El Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC)
    - Reglas contables SEC-95
    - Decisión Eurostat 18/2004
  - **Crisis 2008**: vuelve a pensarse en las CPP

## *“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

- ➔ Desde la óptica de los equilibrios y la sostenibilidad presupuestaria el interés en el fomento de contratos basados en fórmulas de CPP, dependerá de la estructuración prevista para cada contrato.
- ➔ Ese equilibrio impone la ponderación de criterios no únicamente económicos, por ejemplo criterios de cohesión social. Una misma estructuración podrá ser buena o no en función del ámbito en el que se implanta.
- ➔ Es simplista apostar o denostar sin más una fórmula concreta de CPP. Supone desconocer la realidad de estas fórmulas e ignorar que encierran muchas posibilidades con implicaciones muy distintas para los presupuestos públicos. En realidad, su mayor o menor “bondad” dependerá de cómo articule la operación, no pudiendo darse respuestas absolutas.

## *“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

- Las CPP, desde el punto de vista de las coordenadas que las inspiran (estabilidad presupuestaria; principio de eficiencia de los fondos públicos):
  - **a)** Si realmente el socio privado asume la mayor parte de los riesgos de la operación, presentan altos costes de transacción que encarecen el precio final del proyecto. Incluso, existen tasas altas de frustración en las licitaciones de estos contratos.
  - **b)** En muchos casos el interés que ha despertado la CPP radica en finalidades “poco loables”: ej: dilatar en el tiempo por parte de la Administración el abono de los pagos debidos al socio privado.
- **Conclusión:** La conveniencia de las CPP, su utilidad, su eficiencia, no puede proclamarse en general, depende del análisis concreto, caso por caso, de la estructuración que tengan. Así, un mismo modelo puede servir en un caso y no ser conveniente en otro (**Solución de equilibrios**)

*“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

**II.- CLAVES DE LAS CPP DE BASE  
CONCESIONAL EN LA DIRECTIVA 2014/23/  
UE: BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO A TRAVÉS  
DEL “RIESGO OPERACIONAL”**

## *“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

- **4º paquete de Directivas** de contratación pública introduce una relevante novedad: promulgación de **Directiva específica para las concesiones**
  - **Antes:** Solo se regulaban concesiones de obras
  - **Problema:** Vacío legal que generaba inseguridad jurídica
- **Concepto básico:** concesiones de obra y de servicio: art. 5.1 a) y b)
  - **a) “concesión de obras”:** *“contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.*
  - **b) “concesión de servicios”:** *“contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.*
- Estas definiciones se completan para ambos contratos: *“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios **implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional** en la explotación de dichas obras o servicios (...).”*

## *“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

- **¿Qué implica la asunción del “riesgo operacional”?:**
  - **Riesgo de carácter económico** vinculado a la explotación del contrato. Ha de suponer la posibilidad de que el concesionario no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado en condiciones normales de funcionamiento.
  - **Implica:** exposición del concesionario las incertidumbres del mercado
  - **Síntesis:** el concesionario no puede tener asegurado el retorno de las inversiones realizadas al ejecutar el contrato que se le adjudica.
- **Composición:**
  - **Riesgo de demanda y/o riesgo de oferta o suministro**
  - ¿Y el **riesgo de disponibilidad**?: Informe 9/2016, de 1 de diciembre, de la JCCA Catalana: “Análisis de los conceptos de riesgo de disponibilidad y de riesgo tecnológico como posibles elementos componentes del riesgo operacional”

*“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

## **La Oficina Nacional de Evaluación (ONE)**

**Creación:** Ley 40/2015, de RJSP por la que se modifica la Ley Contratos del Sector Público (nueva DA 36)

**Mecanismo de control *ex ante*** respecto de ciertos tipos contractuales: no alcanza a todos los tipos contractuales –ni, cabe añadir, a todas las formas de CPP-, solo a contratos de concesión de obras y servicios

**Finalidad:** analizar la “*sostenibilidad financiera*” de tales contratos. Debe informar preceptivamente y con carácter previo a la licitación de los citados contratos en ciertos casos

*“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

**III.- ¿SE COMPADECE BIEN EL PRINCIPIO DE  
MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO  
DEL CONTRATO CON EL DERECHO EU DE LA  
CONTRATACIÓN PÚBLICA?**

**(PUEDE LIMITAR LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO  
OPERACIONAL)**

## *“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

- La legislación española desde antiguo sanciona que los contratos públicos se celebran a riesgo y ventura del contratista. No obstante, esto no ha impedido que se hayan gestado **técnicas de garantía del equilibrio inicialmente establecido**, aplicable ante determinadas circunstancias.
- La determinación de cuándo procede el reequilibrio económico del contrato es sumamente **casuística** y, de **carácter extraordinario**
- **Cuándo:**
  - a) Modificación impuestas por la Administración o *ius variandi*;
  - b) *factum principis*;
  - c) fuerza mayor
  - d) Riesgo imprevisible

## ***“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”***

- Requisitos **riesgo imprevisible**:
  - a) Acontecimiento que desborde las previsiones razonables;
  - b) Acontecimiento sea independiente de la gestión empresarial del contratista, y
  - c) Como consecuencia del acontecimiento imprevisible, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del contrato, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse. Se exige que la circunstancia imprevisible tenga un impacto relevante y significativo en la economía del contrato.
- Requisitos ***factum principis***:
  - a) Causa del desequilibrio proceda de la voluntad de los entes públicos, sin que pueda ser imputada a una mala gestión del contratista;
  - b) Causa sea imprevisible, requisito que ha de valorarse caso a caso, teniendo siempre presentes las exigencias de la buena fe contractual,
  - c) Como consecuencia de las medidas adoptadas, se haya incrementado la onerosidad del contrato. A diferencia de la teoría del riesgo imprevisible, la jurisprudencia no exige de forma contundente que el desequilibrio haya sido relevante y significativo, sino solo que exista una relación de causalidad entre la decisión administrativa general y el perjuicio irrogado al concesionario

*“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

- El restablecimiento del equilibrio económico financiero no es un seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa
- Jurisprudencia española: aproximación restrictiva al principio del equilibrio económico del contrato.
- Las Directivas de 2014 regulan de forma directa las modificaciones y la pregunta que surge es:
  - *¿Incorporan el principio de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión ante supuestos imprevisibles, o al menos no se opone a su regulación por el Derecho interno?.*
  - *¿Está reñida la necesidad de asumir el riesgo operacional con la posibilidad de restablecer el equilibrio económico del contrato?*

## *“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

- **Respuesta:** Las Directivas no regulan como tal el restablecimiento del equilibrio económico, pero al regular la admisibilidad de modificaciones permiten cierto grado de flexibilidad para adaptar el contrato a esas *circunstancias externas imprevisibles* sin necesidad de un nuevo procedimiento de contratación.
  - **Artículo 43 DC** admite la modificación concesional siempre que se cumplan acumulativamente tres condiciones: a) que la necesidad de la modificación derive de circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podía prever (IMPRESVISIBILIDAD); b) que no se altere el carácter global de la concesión; y c) que el posible aumento de valor no supere el 50% del valor inicial de la concesión,
- La admisibilidad del *factum principis* puede fundamentarse en el hecho de que el artículo CITADO no exige que la circunstancia imprevisible sea “externa”.

*“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

## **IV.- ¿RPA VS. TRANSFERENCIA DEL RIESGO OPERACIONAL?**

*“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

- Uno de los principales atractivos del sistema concesional español descansaba en la regulación legal de la: **RPA**
- La RPA se refiere a la obligación de la Administración de indemnizar al concesionario por la extinción anticipada de la concesión.
- Tiene un **papel fundamental en el reparto de riesgos** y, con ello, en los incentivos de una empresa para decidir participar en una licitación, así como en el tipo de oferta que formule.
- Si se rebasan ciertos límites **la configuración de la RPA puede eliminar o disminuir enormemente el riesgo e impedir que pueda hablarse de traslación del riesgo operacional** significativo al concesionario.
- Hasta finales de 2015 el Derecho español contenía un régimen de RPA ciertamente muy generoso para los concesionarios. Escorado a su favor

## *“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

- El régimen anterior estaba descompensado, escorado a favor del concesionario. Cabía cuestionar que fuese respetuoso con la transferencia efectiva del riesgo operacional y con los criterios contables para que una operación no consolide como deuda pública:
  - El SEC-2010 identifica cuáles son los principales elementos de riesgo y beneficio que deben ser objeto de evaluación:
  - “a) *Riesgo de construcción; b) Riesgo de disponibilidad; c) Riesgo de demanda*
  - *d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las Administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos.*
  - *e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de **cláusulas de rescisión ventajosas** sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador.”*
- A través LRJSP (Ley 40/2015) se modifica TRLCSP introduciendo nueva DA9<sup>a</sup>
  - Se distingue entre las causas de resolución que se imputan a la Administración y las que no. Esta distinción determina un distinto régimen jurídico aplicable.
  - Cuando la resolución no sea imputable a la Administración la indemnización se determinará no por el valor patrimonial de la inversión, sino por el valor de mercado de la concesión, lo que por hipótesis podría llegar a suponer un importe igual o próximo a “0”

*“El interés público y la CPP: hacia una solución de equilibrios”*

**MUCHAS GRACIAS POR LA ATENCIÓN!!!**

Patricia Valcárcel Fernández

*Prof<sup>a</sup>. Titular de Derecho Administrativo (Acreditada como Catedrática)*

*Universidad de Vigo*

*[pvalcarcel@uvigo.es](mailto:pvalcarcel@uvigo.es)*