

III CONGRESO ANUAL DEL OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Panel 4: La nueva regulación de las concesiones y sus consecuencias prácticas

La nueva regulación de concesiones y su
trasposición a España

Francisco Hernández González
Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

LAS CONCESIONES ANTES DE LA DIRECTIVA DE 2014

- EN ESPAÑA:

- **Concesión de servicios públicos:** *servicios públicos + riesgo y ventura*. Retribución del concesionario: (art. 129 RSCL)
 - ✓ Tarifas abonadas por los usuarios (= concesiones calientes)
 - ✓ Subvenciones otorgadas por la Admt. (= concesiones gratuitas)
 - ✓ Tarifas + subvenciones (= concesiones tibias)
- **Concesión de obras públicas** (Ley 13/2003): *obra pública + riesgo concesional* (en función de la inversión) + *equilibrio económico* (bidireccional) + *diversificación de la financiación*. Retribución:
 - ✓ Tarifas de los usuarios
 - ✓ Precio abonado por la Administración (frecuentación)
 - ✓ Explotación de la zona comercial
 - ✓ Aportaciones de la Administración

LAS CONCESIONES ANTES DE LA DIRECTIVA DE 2014

- EN LA UE:

- **Concesión de obras:** parcialmente sometidas a la D. 2004/18/CE
- **Concesión de servicios:** excluidas del Derecho derivado, pero sometidas a los principios básicos del Tratado (no discriminación, igualdad, publicidad, transparencia, concurrencia,...).

- **Concesión** = contrato en virtud del cual una autoridad pública confía la ejecución de obras o la prestación de servicios a un operador económico, cuya contrapartida consiste en el **derecho a explotar las obras o servicios** (que puede estar acompañada del pago de un precio por la Administración)

❖ **Derecho de explotación:**

1º. **Remuneración por los usuarios** (STJUE Teleaustria 2000)
(excluye las concesiones gratuitas = CCPP)

2º. **Transferencia del “riesgo de explotación”:** riesgo de exposición a las *incertidumbres del mercado* = **no haya garantía de recuperar la inversión**. Riesgo limitado (ej. SSPP) (STJU Eurawasser 2009).

LAS CONCESIONES ANTES DE LA DIRECTIVA DE 2014

- RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA EN ESPAÑA:

- La **concesión**: a) servicios públicos o no; y b) pagada por los usuarios o por la entidad concedente (concesiones gratuitas)
- El **riesgo de explotación** se vincula con el **riesgo de demanda**: pago en función del uso o frecuentación de la obra o servicio.

Cuando la retribución del contratista se liga a la **disponibilidad de la instalación o del servicio** estaremos ante un **CCPP** y no ante una concesión (Inf JCCAEst 22/2009)

- CONSECUENCIAS:

- ✓ Prestación de **servicios públicos** que se califican como **contratos de servicio**: suministro de agua, recogida y tratamiento de residuos, alumbrado público,...
(SEC 95 y 2010: computan a efectos de déficit)

Permite su **control a través del recurso especial**, lo que favorece esta interpretación restrictiva por parte de los Tribunales Administrativos Especiales

- ✓ Prestación de **servicios** que se califican como **concesiones de servicio** (ej. explotación de cafeterías en edificios públicos)

DIRECTIVA DE CONCESIONES: NOVEDADES

- OBJETO: someter las **concesiones de obras y de servicios** (cuantía igual o superior a 5.548.000 euros) a los principios del Tratado, atendiendo a su singularidad (amplio régimen de exclusiones).
- PRINCIPALES NOVEDADES:
 - ✓ Positiva el concepto jurisprudencial de **riesgo de explotación**
 - ✓ Régimen especial para las **concesiones de servicios sociales** (art. 19: régimen simplificado) y **entidades no lucrativas con fines sociales** (art. 24: reserva de concesiones)
 - ✓ **Garantías procedimentales mínimas** (garantizar publicidad, transparencia y concurrencia) (arts. 30-41): posibilidad de **negociar** con candidatos y licitadores (art. 37.6)
 - ✓ **Limitación de la duración** (art. 18): 5 años o plazo superior que no exceda del tiempo razonable para recuperar las inversiones más un beneficio
 - ✓ Régimen de **modificación** de las concesiones flexible (arts. 43-44): hasta el 50% del valor inicial.

DIRECTIVA DE CONCESIONES: EL RIESGO OPERACIONAL

➤ **Contrato de concesión:** transferencia del “**riesgo operacional**”

Riesgo operacional = *posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador”* (cdo. 18).

➤ Caracteres del riesgo: **cdos. 18-20 y art. 5**

1º. Carácter económico = **posibilidad de tener pérdidas** (riesgo de déficit de explotación). **No se recupere la inversión ni los costes**

2º. Derivado de **factores ajenos** (excluye la mala gestión, falta de previsión o la fuerza mayor)

3º. Exposición a las **incertidumbres de mercado**: **riesgo de demanda, de oferta (suministro) o ambos** (incluye las concesiones gratuitas)

4º. Puede ser limitado siempre que **no sea meramente nominal o desdeñable**

5º. Opere en **condiciones normales de funcionamiento** (compatible con el mantenimiento del equilibrio económico por circunstancias imprevisibles)

TRASPOSICIÓN DE LAS NUEVAS DIRECTIVAS

TRLCSP:

- Contrato de obra
- Contratos de gestión de servicios públicos:
 - **concesión**
 - concierto
 - gestión interesada
 - empresa mixta
- Contrato de suministros
- Contrato de servicios
- **Concesión de obra pública (Ley 13/2003)**
- Colaboración público-privada (Ley 30/2007)

LEY 9/2017

- Contrato de obra
- **Concesión de obras**
- Contrato de servicios
- **Concesión de servicio**
- Contrato de suministro

¿Concierto, gestión interesada y empresa mixta? = **concesión** o **contrato** de servicios.

La UE no obliga a cambiar las calificaciones jurídicas nacionales (Francia: délégation de service public; Italia: partenariato pubblico-privato).

RIESGO DE DEMANDA-RIESGO DE OFERTA

- ✓ España: debate centrado en el significado de los conceptos de **riesgo de demanda-riesgo de suministro/oferta**
 - ¿Riesgo de suministro/oferta = riesgo de disponibilidad”?
 - Tesis tradicional: las concesiones de servicio sólo admiten riesgo de demanda
- ✓ Polémica injustificada: (no se plantea en ningún otro país)
 - a) Literatura económica: el **riesgo de disponibilidad** forma parte del **riesgo de oferta** (CINIIF 12; OCDE 2008; SEC 2010)
 - b) El **pago por disponibilidad** está asociado a la **remuneración del contrato por parte de la Administración** (prestación de servicios gratuitos)
 - c) **Diferencias entre contrato de concesión** (riesgo de demanda) y **CCPP** (riesgo de demanda y riesgo de disponibilidad).

Conclusión: desaparecido el CCPP la concesiones incluyen tanto el riesgo de demanda como el riesgo de disponibilidad.

CONCESIONES DE OBRAS v. CONCESIONES DE SERVICIO

➤ CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS:

Artículo 267. Retribución por la utilización de las obras.

1. Tarifas abonadas por los usuarios (carácter de máximas)
2. Pagos efectuados por la Administración teniendo en cuenta el **grado de disponibilidad** ofrecido por el concesionario **y/o su utilización por los usuarios**

“En caso de que la retribución se efectuase mediante **pagos por disponibilidad** deberá preverse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la inclusión de **índices de corrección automáticos por nivel de disponibilidad independientes de las posibles penalidades** en que pueda incurrir el concesionario en la prestación del servicio”

➤ CONCESIÓN DE SERVICIOS:

Artículo 289. Prestaciones económicas.

“El concesionario tiene derecho a ... una retribución fijada en función de su **utilización** que se percibirá directamente de los **usuarios** o de la **propia Administración**” (= riesgo de demanda) ⁹

VALORACIÓN CRÍTICA

- **Inf . JCCA de Aragón 8/2015**: unificar el régimen de distribución del riesgo
- Diferenciar un doble régimen concesional:
- ✓ **Concesiones calientes (abonadas por los usuarios):** transferencia del **riesgo de demanda**
 - No habrá concesión si la Administración compensa el déficit de demanda o existe una oferta cautiva que convierta el riesgo en poco significativo
- ✓ **Concesiones frías (abonadas por la Administración):** transferencia al concesionario del **riesgo de demanda** (*pago por uso o frecuentación*) y/o **riesgo de disponibilidad** (*nivel efectivo de disponibilidad suministrada* durante toda la vida del contrato, conforme a estándares de volumen, seguridad y calidad).
 - Incorporación de **índices de corrección automáticos**, de modo que no se garantice la recuperación de la totalidad de las inversiones y de los cotes (existiendo una posibilidad de pérdida potencial)
- Necesidad de prestar atención a la **fase preparatoria** del contrato, mejorando los métodos de predicción de riesgos

III CONGRESO ANUAL DEL OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La nueva regulación de concesiones y su trasposición a España



© Francisco L. Hernández González