

I. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA CONSOLIDACIÓN DEL CAMBIO.

Las concesiones de obras y servicios constituyen una técnica de colaboración público-privada de enorme impacto en la economía, particularmente en épocas de crisis, en la medida que permite allegar financiación privada para la ejecución de políticas públicas. Esta modalidad contractual ha jugado un papel relevante en el desarrollo económico del país en el último siglo, facilitando la ejecución de las grandes infraestructuras y la implantación de los más relevantes servicios públicos económicos, contribuyendo con ello a su modernización².

Desde el punto de vista jurídico, cuentan con una larga tradición en nuestro derecho, del que constituyen dos grandes hitos la *Instrucción de Obras Públicas de 1845* y la *Estatuto municipal de Calvo Sotelo de 1924*. El éxito en el pasado de las concesiones ha estado vinculado al modelo económico diseñado por el legislador, que se fundamentaba en dos principios básicos: remuneración suficiente del concesionario y equilibrio económico-financiero del contrato. De este modo se incentivaba la participación pública a costa de limitar los riesgos de explotación.

Esta configuración de las concesiones cambia como consecuencia de la legislación y jurisprudencia europeas. El proceso de transformación llega a su culmen con las Directivas de contratación de 2014 y, en particular, con la *Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión*, que opera tanto un cambio nominal (concesiones de obras y servicios) como de fundamento (traslación al concesionario del riesgo operacional).

La vigente regulación responde a nuevos valores y equilibrios de intereses, que giran en torno a la libre competencia y a la estabilidad de las cuentas públicas. La combinación de las normas que rigen unas y otras explica la regulación actual de las concesiones; lo que ha terminado por provocar un desplazamiento o arrumbamiento de los valores que tradicionalmente regían la colaboración público-privada en nuestro país.

Para entender bien el significado y alcance de la Directiva de concesiones de 2014 es necesario analizar la situación previa, los motivos de su aprobación y los cambios que introduce en esta materia.

II. LA ARMONIZACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CONCESIONES DE OBRAS Y DE SERVICIOS.

2.1. Necesidad de armonizar el régimen jurídico de las concesiones.

¹ Texto ampliado de la intervención del autor en el XV Seminario de Contratación Pública, celebrado en Panticosa (Huesca), los días 18 a 20 de junio de 2024, bajo el título "*Diez años de las Directivas de contratación pública: balance y prospectiva*".

² En los últimos años, las concesiones se presentan nuevamente como un instrumento eficaz frente a los recientes escenarios de restricciones presupuestarias, en la medida que permiten atraer capital privado para llevar a cabo inversiones en nuevas infraestructuras y servicios públicos sin aumentar la deuda pública.

Como sabemos, antes de 2014, las concesiones estaban total o parcialmente excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública. Sólo las *concesiones de obras públicas* estaban sujetas a unas pocas disposiciones específicas previstas en la Directiva general sobre contratos públicos. En cambio, las *concesiones de servicios públicos* quedaban fuera del Derecho derivado. Esto no significaba que la adjudicación de las concesiones de servicios estuvieran totalmente extramuros del Derecho de la Unión Europea, pues el TJUE había dicho que, en la medida que pudieran revestir un interés transfronterizo, se debían respetar los principios básicos de la contratación pública, en particular, los principios de igualdad, no discriminación y transparencia (*Sentencia Teleaustria* de 2000, C-324/98)³.

En este sentido, la *Directiva de concesiones de 2014* viene a corregir esta situación, poniendo fin a la exclusión de las concesiones de la normativa comunitaria de contratación pública.

2.2. ¿Por qué una Directiva específica?

Como se reconoce en los propios considerandos de la Directiva, las concesiones recibían diferente tratamiento jurídico en los Estados Miembros: no en todos tenían naturaleza contractual ni se adjudicaban mediante licitación (como venía reconociendo la legislación española). Así, por ejemplo, en Francia, la concesión se consideraba una *délégation de service public* (equivalente a una transferencia de competencias no necesitada de licitación) frente al *marché public* (contrato público).

Estas discrepancias, junto con la necesidad de dotar a las autoridades contratantes de una mayor flexibilidad (en consideración a su mayor complejidad), habían llevado a la Comisión Europea a defender un tratamiento diferenciado de las concesiones del resto de contratos públicos⁴. Pero al mismo tiempo, la ausencia de un régimen jurídico común provoca en las instituciones europeas el temor a una restricción del mercado concesional, lo que abre el debate sobre su armonización (como se recoge en el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada de 2004*).

La idea de aprobar un régimen propio para las concesiones se prevé ya en la Comunicación de la Comisión de 2005 sobre “*colaboración público-privada y Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*”; si bien, las discrepancias sobre la necesidad o no de este marco normativo específico hacen que su regulación se retrase hasta el 2014.

³ Cabe recordar que, en referencia a la Directiva de contratos públicos de servicios de 1992, la *STJUE Coname de 2005*, C-231/03, dispone que “el Derecho de la Unión no se opone a la adjudicación sin licitación de una concesión de servicio... siempre y cuando dicha adjudicación responda al principio de transparencia, cuyo respeto, sin implicar necesariamente la obligación de convocar una licitación, debe permitir a una empresa establecida en el territorio de un Estado miembro distinto del de la autoridad concedente tener acceso a la información adecuada relativa a dicha concesión antes de su adjudicación, de forma que, de haberlo deseado, la citada empresa habría estado en condiciones de manifestar su interés por obtener tal concesión, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente” (lo que vuelve a reiterar, ya vigentes las Directivas de 2004, la *STJUE Comune di Ancona* de 2013, C-388/12).

⁴ La *Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario* del año 2000 definía la concesión de servicios como: “aquellos actos imputables al Estado por los que una autoridad confía a un tercero -ya sea mediante un acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero- la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación”.

El objetivo de la Directiva de concesiones de 2014 no es restringir el mercado de concesiones en Europa, sino todo lo contrario. En su considerando 3º se afirma que:

“(…) los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación”.

La nueva regulación persigue tres grandes objetivos: a) afianzar la seguridad jurídica (clarificando su delimitación con el contrato público); b) eliminar los obstáculos en el funcionamiento del mercado interior y mejorar las posibilidades de acceso a las pymes (garantizando la concurrencia y limitando la duración de las concesiones); y c) facilitar un uso más eficiente del dinero público, que permita prestar servicios de calidad al mejor precio (armonizando el régimen de modificación de los contratos).

No obstante, se insiste mucho en la idea de dotar a los Estados de cierta flexibilidad⁵. En consecuencia, se insta un marco jurídico que se estima “adecuado, equilibrado y flexible”, que tenga en cuenta las diferencias existentes entre las concesiones y el resto de contratos públicos, tanto desde el punto de vista conceptual como procedimental, y, al mismo tiempo, no genere excesiva burocracia.

III. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CONCESIÓN.

3.1. El criterio jurisprudencial anterior a la Directiva de 2014.

Con anterioridad a la Directiva de 2014, al quedar las concesiones excluidas del Derecho derivado, con el fin de evitar tentativas de eludir las Directivas de contratación pública, el TJUE elabora un *concepto restrictivo de concesión* basado en la asunción del *riesgo de explotación*; de esta forma, se busca someter el mayor número de contratos a las Directivas de contratación pública. No obstante, el concepto de riesgo de explotación evoluciona con el tiempo, dando lugar a dos etapas diferentes:

a) En un primer momento, el TJUE identificó el riesgo de explotación con el *modo de remuneración del concesionario*, estableciéndose un vínculo inexorable entre la *procedencia externa de la retribución* y el contrato de concesión: si el contrato era retribuido por los usuarios era concesión; y si se retribuía por la Administración era un contrato público de servicios⁶.

Este criterio jurisprudencial colisionaba frontalmente con nuestra tradición jurídica que se sustentaba en la presencia de un servicio público, admitiendo tanto las concesiones abonadas por los usuarios (concesiones calientes) como las concesiones abonadas por la Administración (concesiones gratuitas o concesiones frías). Por lo tanto, la aplicación de dicho criterio venía a suponer la transformación en contratos de servicios de las concesiones de servicios públicos gratuitas (como eran, por ejemplo,

⁵ En la *Propuesta de Directiva de 2011* se afirmaba que “(…) hacer extensiva a las concesiones la normativa de los contratos públicos se estima excesivo y contraproducente, ya que podría disuadir a los poderes adjudicadores del recurso a esta modalidad contractual”.

⁶ Así, por ejemplo, sostiene la *STJUE Parking Brixen de 2005, C-458/03*, que es una característica de la concesión de servicios públicos que el prestador asuma el riesgo de explotación de los servicios, lo que se produce cuando la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento.

los contratos de alumbrado público, prevención y extinción de incendios, centros de acogida de menores, guardería infantil, tanatorio, mantenimiento de zonas verdes del municipio, salvamento y socorrismo en playas, etc).

Sin embargo, no sucedía lo mismo en las *concesiones de obras públicas*. La *Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, introducía un nuevo artículo 220 en el TRLCAP 2000, con el siguiente tenor: “el *concesionario* será *retribuido* directamente mediante el precio que abone el *usuario* o la *Administración* por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial y, en su caso, con 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”.

b) A partir de 2008, el TJUE remplacea el criterio de la remuneración por un criterio de carácter económico basado en la *transferencia del riesgo de explotación* al concesionario, que se identifica con el *riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado*. Es necesario, por lo tanto, que la inversión del concesionario no se encuentre garantizada en su totalidad (pasando la retribución por los usuarios a un segundo plano)⁷.

La aplicación de este criterio genera una situación de inseguridad jurídica derivada de la dificultad de determinar *a priori* el reparto de riesgo de explotación entre las partes. En este sentido, el TJUE destaca que lo relevante no es el nivel de riesgo, sino el hecho mismo de su transferencia al concesionario, siempre que se trate de un riesgo significativo y ajeno a la gestión del contrato por parte del concesionario⁸. En todo caso, el TJUE identifica el riesgo de explotación con el *riesgo de demanda*, esto es, que la retribución del concesionario dependa del uso y frecuentación por los usuarios⁹.

Esta delimitación de las concesiones también encaja mal con el régimen jurídico tradicional de los servicios públicos, en tanto que prestación esencial y obligatoria, que la Administración viene obligada a garantizar de manera universal, continua, regular y asequible, en condiciones de igualdad y calidad (lo que se traduce en la prevalencia del servicio sobre la inmutabilidad del contrato). Es por ello que esta interpretación trae consigo la transformación de otras muchas concesiones de servicio público en contratos de servicios, como fue el caso, por ejemplo, de los contratos de recogida y

⁷ La posibilidad de percibir un pago por parte del órgano contratante, como contrapartida de la obra o servicio, no altera la naturaleza de la concesión siempre y cuando no elimine el riesgo inherente a la explotación.

⁸ Señala la *STJUE Eurawasser de 2009, C-206/08*, que es necesario que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, “una parte significativa del riesgo de explotación”. Por su parte, la *STJUE de 10 de noviembre de 2011, Norma-A SIA, C-348/10*, califica como *contrato de servicio* la *prestación de un servicio de transporte público retribuido por los usuarios* con arreglo a tarifas establecidas, en tanto que la entidad adjudicadora debe compensar al prestador las pérdidas derivadas de la explotación y además se le garantiza una cantidad en concepto de beneficio.

⁹ Así se establecía también en la *Comunicación interpretativa de 2000*: el Estado puede asumir parcialmente el coste de explotación, a fin de aminorar el precio que deben pagar los usuarios, a través de diversas fórmulas: importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pagado en función del número de usuarios, etc. (esto es lo que se conoce como práctica de los “precios sociales”). Es así que, en el supuesto de “peajes ficticios” o “peajes en sombra” (en los que la Administración paga una tarifa por cada usuario), el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación o de la demanda de los servicios por parte de los usuarios.

tratamiento de residuos urbanos y limpieza viaria (informe JCCA del Estado 22/09), o de abastecimiento de agua potable y alcantarillado (Res. TACRC 58/2017).

De este modo, las concesiones de servicio fueron perdiendo terreno en beneficio del contrato de servicios. Por el contrario, pasan a considerarse concesiones de servicios contratos ajenos a la prestación de un servicio público, como era la explotación en edificios públicos de servicios de cafetería, restauración, reprografía, etc. (Res TACRC 417/2017 y STS 317/2021, Roj. nº 1195/2021, sobre el arrendamiento de locales en el aeropuerto de El Prat). Esto planteaba un problema añadido porque según el Sistema Europeo de Cuentas (SEC-2010), los contratos públicos -a diferencia de las concesiones- computan a efectos de déficit y deuda pública¹⁰.

3.2. El concepto de concepción en la Directiva 2014/23 y su interpretación en España.

La Directiva mantiene una posición neutral frente a la libertad de los Estados miembros para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de las obras públicas o la prestación de servicios de interés general. Sin embargo, a la hora de definir las concesiones, hace suyo el criterio jurisprudencial de la *transferencia del riesgo de explotación*, que pasa a denominarse “*riesgo operacional*”, introduciendo ciertos matices:

a) *Concesión*: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de una obra o la prestación y la gestión de un servicio a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el *derecho a explotar las obras o los servicios* objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (art. 5).

b) *Transferencia del riesgo operacional*: la calificación de un contrato como concesión de obras o servicios requiere la transferencia al concesionario de una parte del *riesgo operacional* derivado la explotación de dichas obras o servicios. Ello supone una exposición real a las *incertidumbres del mercado*, ya se trate de un *riesgo de demanda*, de un *riesgo de suministro (o de oferta)* o *ambos*. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en *condiciones normales de funcionamiento*, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión.

De este modo, la Directiva opta por un concepto económico-financiero de las concesiones, que presenta las siguientes características:

1º. No se circunscribe a la prestación de *servicios públicos* (rompe con nuestra tradición jurídica que vinculaba la concesión a la gestión de un servicio público).

2º. El criterio que permite diferenciar las concesiones de otros contratos públicos es la *presencia de riesgo operacional*, que reúne los siguientes caracteres:

¹⁰ Según el Sistema Europeo de Cuentas, 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) o el *riesgo de demanda* (número de usuarios), o *ambos*. Por el contrario, se consideran 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.

- No esté garantizada la recuperación de las inversiones y costes sufragados por el concesionario (riesgo a tener pérdidas derivadas de la explotación).
- Exposición real a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda (uso o frecuentación por los usuarios), un riesgo de suministro (disponibilidad de la obra y calidad del servicio) o ambos a la vez¹¹.
- La transferencia del riesgo puede ser *limitada*, siempre que no se trate de un riesgo “meramente nominal o desdeñable”¹².
- Se requiere que sea un *riesgo externo* (desvinculado de la mala gestión empresarial o del incumplimiento del contrato) y *previsible* (que opere en condiciones normales de funcionamiento). Esto significa que: a) el riesgo operacional es diferente del *riesgo y ventura* propio de todo contrato; y b) resulta compatible con las técnicas de equilibrio económico-financiero de la concesión (en caso de modificación unilateral, de riesgo imprevisible o de fuerza mayor).

Lo cierto es que la aprobación de la Directiva no contribuyó a clarificar la situación; lo que dio lugar a que, en nuestro país, se abriera un intenso debate sobre el significado del riesgo operacional. En contra del criterio imperante en el resto de Estados miembros de la UE, el debate se inclinó mayoritariamente por entender excluido el *riesgo de disponibilidad* del concepto de riesgo operacional (lo que, como veremos más adelante, va a influir en la LCSP de 2017). En consecuencia, se afirma que no hay concesión cuando la retribución del operador económico se lleva a cabo en función del grado de disponibilidad de la obra o servicio (atendiendo al cumplimiento de determinados estándares de cantidad, cantidad y seguridad especificados previamente) y no en función del uso o frecuentación que realicen los usuarios.

Sin embargo, esta interpretación restrictiva del riesgo operacional contrastaba con la realidad de las *concesiones de obras*. El *Plan Extraordinario de Infraestructuras (PEI) de 2010* establecía un modelo concesional que contemplaba el pago por la Administración de un canon único al concesionario que tenía como finalidad retribuir la inversión, la conservación y el mantenimiento de las infraestructuras, así como los recursos propios y ajenos invertidos por el concesionario en la construcción. Para cumplir con el objetivo del déficit, se transferían al concesionario únicamente los *riesgos de construcción y de disponibilidad*; no así el *riesgo de demanda*, por cuanto dificultaba el acceso a los mercados financieros¹³. Este era el modelo que se aplicaba también en las concesiones de obras públicas sanitarias y sociosanitarias.

¹¹ El considerando 20 define el “*riesgo de demanda*” como aquel que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato (hay riesgo cuando haya déficit de demanda); y el “*riesgo de oferta*” como el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda (hay riesgo cuando la prestación no tenga capacidad para atender a la demanda).

¹² El riesgo transferido es el que corresponda de acuerdo con la reglamentación del sector (este será menor, por ej., en los servicios sujetos a tarifas reglamentadas). Lo que se excluye es la garantía de compensar al concesionario las inversiones y los costes sufragados.

¹³ La transferencia del *riesgo de construcción* suponía que el concesionario financiaba íntegramente el coste de la inversión (hasta que la infraestructura no estuviera concluida y comenzara su explotación no empezaba a recibir el canon). Por su parte, la transferencia del *riesgo de disponibilidad* se producía mediante la aplicación de unos indicadores objetivos, que debían medirse periódicamente, dando lugar,

IV. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA POR LA LEY 9/2017.

4.1. El concepto de concesión en la Ley 9/2017.

Una de las novedades más importantes de la actual Ley de Contratos del Sector Público de 2017 es la que afecta a la delimitación de los diferentes tipos de contratos, en particular, la *supresión de los contratos de gestión de servicio público y de colaboración público-privada*. Como sabemos, paralelamente a la supresión del contrato de gestión de servicio público, se lleva a cabo una redefinición de los contratos de servicios y de concesión de servicios, cuyo criterio delimitador va a recaer en la traslación del riesgo operacional al empresario¹⁴.

Centrándonos en el contrato de concesión, la LCSP de 2017 asume el criterio de la *transferencia del riesgo operacional* al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la Directiva. En ambos casos, la contraprestación a favor del concesionario consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra servicio, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Sin embargo, en un acto de constricción que la Directiva no exige, la LCSP positiva el doble tratamiento de las concesiones, según se trate de obras o de servicios:

a) En las *concesiones de obras* la retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración o por los usuarios (mediante tarifas). Cuando sea abonada por la Administración se podrá tener en cuenta el *grado de disponibilidad* ofrecido por el concesionario y/o su *utilización por los usuarios*, según se establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares (art. 267 LCSP)¹⁵; por lo que incluye tanto el *riesgo de demanda* como el *riesgo de disponibilidad*.

b) Por el contrario, en la *concesión de servicios*, el artículo 289 LCSP establece que el concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una *retribución fijada en función de su utilización* que se percibirá directamente de los *usuarios* o de la propia *Administración* (acogiendo únicamente el riesgo de demanda).

En consecuencia, como como ya venía sucediendo, la práctica totalidad de las contrataciones de servicios públicos se convierten en contratos de servicios. Así pasa, por ejemplo, con la prestación de servicios sanitarios, como los relativos al: “tratamiento de enfermedad renal crónica avanzada mediante hemodiálisis ambulatoria”, de la Comunidad Valenciana (Resoluciones del TACRC n.º 1036 y

en caso de incumplimiento, a deducciones automáticas en el canon a pagar por la Administración. El mismo modelo de retribución se va a mantener también en el *Plan Extraordinario de Inversión en Carreteras (PIC) de 2017*.

¹⁴ Es así que, con carácter previo a la licitación del contrato se hace necesario atender a un doble elemento: en primer lugar, si existe o no *riesgo operacional* (lo que permitirá calificar el contrato) y, en segundo lugar, si lo que se contrata tiene o no la consideración de *servicio público* (lo que resulta relevante para determinar el régimen jurídico aplicable en ambos casos, ya se trate de una concesión o de un contrato).

¹⁵ En este último caso, se especifica que si 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.

1069/2017); “hemodiálisis en unidad extra hospitalaria para las áreas V, VI y IX de salud de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia” (Resolución del TACRC n.º 1094/2017); “procedimientos de diagnósticos en instalaciones fijas-resonancias magnéticas”, del Servicio Aragonés de Salud (Acuerdo de TACP de Aragón n.º 92/2917); “transporte sanitario urgente de pacientes” (Acuerdo de TACP de Aragón n.º 101/2917) o “transporte sanitario y de emergencia mediante helicóptero”, de la Comunidad Autónoma de Aragón (Acuerdo de TACP de Aragón n.º 113/2917), entre otros muchos.

Resulta evidente que la principal preocupación del legislador estatal se centraba en las concesiones de obras¹⁶. Ahora bien, a pesar de esta diferente regulación, no podemos decir que la LCSP de 2017 descarte totalmente el riesgo de disponibilidad en todas las concesiones de servicios. Al menos, teniendo en cuenta la aplicación supletoria de los preceptos que regulan la concesión de obras, no sucede así en aquellas concesiones de servicios que conlleven la ejecución de obras (concesiones mixtas de obras y servicios).

4.2. Duración de las concesiones.

Otro elemento importante de las concesiones es el relativo a su duración: un plazo excesivamente largo puede restringir la competencia, pero un plazo demasiado corto puede desincentivar la concurrencia¹⁷.

La Directiva de concesiones prohíbe que las concesiones tengan una duración ilimitada, con el fin de evitar el cierre de los mercados y la restricción de la competencia. Por este motivo, establece una salvaguarda para las concesiones que duren más de 5 años: en este caso, la duración máxima no podrá exceder del tiempo que resulte razonablemente previsible para el concesionario pueda *recuperar las inversiones previstas* para la ejecución de la concesión junto con un *rendimiento* (beneficio) sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación (cdo. 52 y art. 18.2).

El artículo 29.6 LCSP recoge esta limitación de la duración de las concesiones, vinculándola con el periodo de recuperación de la inversión. Sin embargo, contradictoriamente, mantiene los límites temporales tradicionales, con una ligera modificación, al reducir de 50 a 40 años las concesiones de obras y de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.

De acuerdo con el apartado 9 del artículo 29, el *periodo de recuperación de la inversión* se estima en función de una *tasa de descuento*, que se calcula en los términos descritos en el *artículo 10 del Real Decreto 55/2017*:

¹⁶ La JCCA de Aragón fue el único órgano que, durante la tramitación de la Ley, llamó la atención sobre la diferente regulación de las contraprestaciones económicas a las que tiene derecho el concesionario en uno y otro tipo de concesión, para defender la imprescindible unificación de la terminología en la identificación de los riesgos (Informe 8/2015, de 20 de mayo).

¹⁷ La teoría del riesgo operacional no resulta incompatible con la fijación de una duración que permita recuperar las inversiones y obtener un beneficio razonable, garantizando el principio de remuneración suficiente del concesionario (lo que se prohíbe es que se establezca una garantía en beneficio del concesionario en cuya virtud la Administración le compense la totalidad de las inversiones y de los costes de explotación). Como señala la Comisión Europea, “para que la colaboración público-privada tenga éxito debe concebirse de forma que permita a los socios privados el potencial de generar unos beneficios proporcionales a los riesgos que asumen”.

- El *periodo de recuperación de la inversión* será el 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.
- La *tasa de descuento* es el 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*.

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en el resto de Estados miembros de la UE, en las concesiones con una duración superior a 5 años es necesario explicitar en la documentación la existencia de una inversión que justifique su duración y la tasa de descuento calculada con arreglo al artículo 10 del RD 55/2017 para efectuar el cálculo del periodo de recuperación de la inversión prevista en el contrato. Además, esta tasa de descuento se aplicará por igual cualquiera que sea el tipo de proyecto y el nivel de riesgo que asuma el concesionario en cada caso; lo que va a ser objeto de cuestionamiento por el sector empresarial.

4.3. Derecho al equilibrio económico por riesgos extraordinarios.

Otra de las polémicas que surge a raíz de la nueva regulación de las concesiones es la relativa a la compatibilidad del derecho al reequilibrio económico del contrato por circunstancias imprevistas con la traslación del riesgo operacional al concesionario.

Aunque la Directiva de concesiones no lo diga expresamente, la transferencia del riesgo operacional debe coordinarse con el principio de equilibrio financiero de la concesión en los supuestos de onerosidad sobrevenida previstos en la ley. Así se desprende tanto del artículo 5, al vincular el riesgo operacional con las “condiciones normales de funcionamiento” (lo que deja fuera las circunstancias anormales o excepcionales); como del artículo 43.1, c), al permitir modificar la concesión ante “circunstancias que un poder o entidad adjudicador diligente no podría prever” hasta el 50% de su valor inicial, con la condición de que no altere el carácter global de la concesión.

De este modo se recoge también en el artículo 290 de la LCSP, que –en esencia– reproduce la regulación del restablecimiento del equilibrio económico de la concesión de servicios del artículo 258 del TRLCSP/2011, del que es heredero y cuya redacción tiene su origen la Ley de Economía Sostenible de 2011. En consecuencia, se podrá ejercer el derecho al equilibrio económico cuando concurra algunas de las siguientes causas:

- *Modificaciones realizadas por la Administración* en virtud de alguna de las circunstancias previstas en los artículos 204 y 205 de la Ley, esto es, que se trate de una modificación contenida en los pliegos, de la adición de obras o servicios adicionales o de un supuesto de *riesgo imprevisible*.
- Actuaciones de la Administración concedente obligatorias para el concesionario (*factum principis*) o causas de *fuerza mayor* que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Por el contrario, no existirá derecho al equilibrio económico: a) en el caso de acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio que carezcan de trascendencia económica; y b) cuando exista incumplimiento de las previsiones de la

demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario (lo que forma parte del riesgo de demanda que debe asumir el concesionario).

En definitiva, el restablecimiento del equilibrio económico resulta compatible con la transferencia del riesgo operativo, constituyendo tanto un derecho del concesionario como una obligación de la Administración¹⁸.

V. BALANCE DE LA DIRECTIVA DE CONCESIONES.

5.1. ¿Se cumplen los objetivos de la Directiva?

Como hemos visto, la Directiva de concesiones destaca la importancia de las concesiones como instrumento para *incentivar la inversión pública y privada en infraestructuras y servicios estratégicos*. Además de la captación de fondos privados, las concesiones tienen el atractivo de que contribuyen a la *sostenibilidad de las cuentas públicas*, al computar en el balance del socio privado, según las normas SEC-2010 (lo que significa que no computan a efectos de déficit y deuda pública).

Ahora bien, la pregunta que cabe formularse es si esta relevancia de las concesiones se corresponde con la realidad. Según datos del *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el funcionamiento de la Directiva 2014/23/UE*, de julio de 2023, el mercado concesional europeo no evoluciona como se esperaba.

Según los datos oficiales, existe un aumento del número total de concesiones adjudicadas en la UE, que prácticamente se ha duplicado desde abril de 2016 (plazo de transposición de la Directiva), representado el *12% del total anual del mercado de contratación pública* cubierto por las tres Directivas sobre contratación pública combinadas. Sin embargo, el 85% del número total de concesiones se concentran en cuatro Estados, que son Francia, Italia, España y Alemania (los dos primeros Estados representan más de 2/3 del mercado de concesiones de toda la UE). Además, las concesiones que aumentan son precisamente las de servicio, mientras que las de obras mantienen una tendencia bajista desde 2016, dándose la circunstancia de que los sectores con mayor número de adjudicaciones de concesiones son, en primer lugar, los servicios de hostelería, restauración y comercio minorista y, en segundo lugar, los servicios recreativos, culturales y deportivos¹⁹.

También destaca este informe que uno de los principales problemas que plantea la aplicación de la Directiva sigue siendo la clasificación de los contratos como contratos públicos o concesiones. Por lo que se refiere al nivel de competencia para las

¹⁸ En relación con la modificación por causas imprevisibles de un contrato de concesión de servicios para la gestión de un Centro de Tratamiento de Residuos, el *Informe de la JCCP del Estado 52/2022* sostiene que *el principio de equilibrio financiero del contrato* “resulta especialmente intenso y claro en el caso de las concesiones”.

¹⁹ También refleja el informe que: a) las *concesiones adjudicadas a pymes* aumenta en número, pero no en importancia general en la economía (las concesiones adjudicadas a grandes operadores representan casi el 92 % del mercado de concesiones en términos de valor); b) las *adjudicaciones transfronterizas* también son escasas (en torno al 8.5%, siendo las más frecuentes las adjudicadas a empresas con sede en el Reino Unido y Estados Unidos, pero con filiales dentro de la UE); y c) el porcentaje de concesiones que se adjudican sin la publicación previa de un anuncio de licitación y, por tanto, *sin convocatoria de licitación* es mayor que en 2018, lo que se debe principalmente al sector de la distribución de electricidad, que en algunos Estados miembros se caracteriza por la existencia de derechos exclusivos o de un monopolio legal.

concesiones, se observa que la Directiva tampoco está teniendo unas repercusiones coherentes en el nivel de participación en los concursos para contratos de concesión.

5.2. Situación del sector concesional en España.

El análisis del mercado concesional en España viene recogido en el *Informe especial de supervisión relativo a los contratos de concesión en 2022* aprobado por el OIREsCon el 17 de noviembre de 2023. Los datos más significativos del informe son los siguientes:

- Durante 2022, en España se licitaron 2.517 contratos de concesión, por un importe total de 3.904,52 millones de euros, Presupuesto Base de Licitación (PBL), sin incluir impuestos. En relación con la cifra global de contratos de 2022, las concesiones representan tan solo el *1,37% en número de licitaciones y 3,88% del importe económico*.

- El total de las licitaciones de contratos de concesión alcanzaron un *valor estimado de 10.515,34 millones de euros* (incluye tanto los pagos de la Administración como los pagos directos que realicen los usuarios), siendo el sector público local el que más volumen económico en términos de Valor Estimado del Contrato (VEC). De media el VEC supone un incremento de casi el 80% respecto al PBL (sin impuestos)²⁰. Ello es debido al impacto de licitaciones de gran volumen económico, con un alto valor estimado, en las que, sin embargo, las aportaciones públicas son más reducidas.

Esto significa que en 2022, con un *PBL de 3.904,5 millones de euros*, o lo que es lo mismo, con un compromiso máximo de recursos públicos para el período inicial (sin incluir prórrogas ni modificaciones de las concesiones), se consigue un *interés económico potencial de 10.515,3 millones de euros, obteniendo un efecto multiplicador potencial de 2,7 veces*.

- Los *contratos de concesión de servicios* son ampliamente predominantes frente a los *contratos de concesión de obras*, dado que suponen casi el 87% del total de contratos de concesión licitados durante 2022, y superaría el 90% si añadimos los registrados en la extinta categoría de los contratos de gestión de servicios públicos (y el 93,36% por volumen económico licitado). Sin embargo, el *valor unitario medio* es mayor en las concesiones de obras, donde alcanza la cifra de 6.401.174,01 euros/contrato; mientras que en las concesiones de servicios es de 1.432.823,09 euros/contrato.

- El Informe revela otro dato importante (acorde con la transformación sufrida por las concesiones de servicio): el mayor número de *concesiones de servicio* tiene CPV

²⁰ El *PBL* es el importe máximo que el órgano de contratación estaría dispuesto a comprometer (incluyendo el IVA), es decir, todas las aportaciones tanto monetarias como no monetarias a través de las que el órgano de contratación retribuye al concesionario, siendo por lo tanto el importe a consignar en las previsiones presupuestarias de dicho órgano (no incluye el canon que deba pagar el concesionario a la Administración). El *VEC* se podría identificar con la estimación total de los ingresos que percibiría el concesionario (sin IVA), tanto si proceden de la Administración como si proceden de los usuarios del servicio u otros operadores privados, incluyendo los correspondientes al periodo de prórroga y a posibles modificaciones previstas en los pliegos que rigen la contratación. El análisis del OIREsCon detecta que, en casi la mitad de las concesiones adjudicadas en 2022, existe un error en el cálculo del PBL, al incluir el canon pagado por el concesionario a favor de la Administración (cuando aquel se refiere exclusivamente al pago máximo proyectado que la Administración deberá pagar al concesionario).

relativo a servicios de hostelería y restauración, los culturales y deportivos, y los servicios de salud y asistencia social; mientras que en las *concesiones de obras* las CPV de mayor relieve son los trabajos de construcción en general y los de arquitectura, construcción, ingeniería e inspección, y los servicios comunitarios, sociales o personales.

- En cuanto a la *duración* de las concesiones, los plazos más frecuentes son: 2 años (15,35%), 4 años (9,96%), 5 años (12,86%) y 10 años (9,96%). En 2022, sólo 6 concesiones superan los 30 años.

- El *procedimiento* utilizado de forma mayoritaria es el *abierto* (siendo la duración media del procedimiento de 137 días). Sin embargo, el informe destaca un importante incumplimiento de lo establecido en el *artículo 131.2 de la LCSP*, respecto a la obligación de adjudicación de los contratos de concesión de servicios especiales del Anexo IV mediante el procedimiento restringido: tan solo el 16,63% de los expedientes han sido tramitados por el procedimiento restringido, tal como dispone la LCSP.

- Por lo que se refiere a la *conurrencia*, también se aprecia un bajo número de licitadores, situándose la media en *1,97 licitadores por contrato o lote* (con una mediana de 1 licitador); lo que supone una concurrencia media mucho más reducida que en el resto de categorías de contratos típicos, cuyas medias fueron de 3,21 licitadores en el contrato de servicios, de 2,90 licitadores en contratos de suministro y de 4,50 licitadores en los contratos de obra²¹.

- El peso de los *contratos de concesión adjudicados* ascendió al 3,43% en importe económico (presupuesto de adjudicación sin impuestos) y al 0,79% en número de contratos, respecto al total de las adjudicaciones registradas en España durante 2022; por lo que queda lejos de la media del 12% de adjudicaciones establecida entre 2016 y 2021 en los países de la UE. La *reducción económica media en el precio de adjudicación* se sitúa en el 13,25%, siendo mayor en los contratos de concesión tramitados por el procedimiento abierto (15,80%).

- Respecto de la adjudicación y formalización hay otro dato preocupante: el nivel de *adjudicaciones desiertas* es del 20,51%, lo que dobla el porcentaje del conjunto de la contratación pública, que es del 9,93% (esto significa que más de 1 de cada 5 contratos de concesiones licitados resultan desiertos). En el caso del sector público estatal, el porcentaje de licitaciones desiertas superó el 29%. Además, se aprecia una evolución al alza, en todo el periodo, de las licitaciones que quedan desiertas, pasando desde el 18,45% en 2019, hasta llegar casi al 29% en 2022, último año analizado²².

A la vista de estos resultados, se puede afirmar que, en líneas generales, las concesiones resultan más ventajosas para las Administraciones (porque permiten atraer inversión privada y no computan a efectos de déficit público) que para los operadores económicos (por su escasa rentabilidad). Así lo destaca también el *informe*

²¹ Del total de lotes y contratos adjudicados en 2022, excluidas las adjudicaciones por procedimiento negociado sin publicidad, el 54,71% tuvieron un *único licitador*, lo que en importe económico (PA) representó un 35,55% del volumen de las adjudicaciones.

²² De los lotes cuya licitación se inició durante 2022, se adjudicaron o formalizaron el 48,24%. El 20,51% resultaron desiertos, se produjo el desistimiento en el 1,80% y la renuncia en el 0,36%. El 29,24% continuaban en trámite en el momento en que se produce la extracción de datos. Se formalizan notablemente menos lotes: el 48,24% frente al 78,24% del resto de contratos.

especial de la OIReScon: “los proyectos en los que concurre la existencia de transferencia de riesgo operacional al concesionario, la rentabilidad en términos comparados se percibe que no es suficiente como para compensar el nivel de riesgo asumido, lo cual trae como lógica consecuencia una concurrencia menor” (pág. 152)²³.

La conclusión a la que llega el propio *informe especial de la OIReScon* resulta evidente: existe una “infrautilización de la figura del contrato de concesión en España” (pág. 189).

VI. CONSIDERACIONES FINALES: PROPUESTAS DE FUTURO.

La reversión de la situación descrita pasa por adoptar una serie de medidas, que permitan reactivar el uso de las concesiones, tal como pretenden las autoridades públicas. Algunas de estas medidas requieren una modificación de la normativa; pero otras sólo implican un cambio en la interpretación del actual marco jurídico o simplemente en la actuación de los gestores públicos. Entre estas medidas cabe destacar las siguientes:

Primero. Resulta necesario formular una interpretación flexible del *concepto de riesgo operacional* (en la línea de la Directiva) que permita recuperar a la concesión la relevancia que ha tenido tradicionalmente, constituyendo una herramienta más a disposición del órgano de contratación para la ejecución de proyectos de obras y de servicios estratégicos (y no permanezca, como en la actualidad, restringida a los servicios de hostelería, restauración, culturales y deportivos).

La forma de revertir esta situación pasa por admitir, de una parte, la posibilidad de seguir utilizando la técnica concesional en aquellos sectores en los que el riesgo de explotación se encuentra muy limitado por razón de su régimen jurídico, como sucede en el ámbito de los servicios públicos (lo importante es que el riesgo que exista, por poco relevante que sea, se transfiera al concesionario); y, de otra, la compatibilidad de las concesiones con el sistema de pago por disponibilidad de los servicios, bien como complemento del pago por demanda o bien como alternativa (en aquellos sectores donde no exista una demanda real).

Como hemos visto, en España hemos centrado la discusión erróneamente en la naturaleza del riesgo transferido. Según ha quedado indicado, el punto de atención no se debe poner en la clase de riesgo que se transfiere, sino en la existencia de una potencial pérdida de ingresos por parte del concesionario.

Por consiguiente, a la hora de calificar el contrato lo relevante no es la naturaleza del riesgo, sino la posibilidad de una potencial pérdida, ya sea por riesgo de demanda o de disponibilidad. De igual modo, la concesión no tiene que ser incompatible con la limitación del riesgo propio de los servicios públicos, siempre que exista una

²³ El informe sostiene, además, que en aquellos contratos en los que no se apreció transferencia de riesgo operacional y se acabaron licitando, apartándose del criterio de la ONE o adaptándose y licitándolo como un contrato de servicio, la media del número de licitadores que se ha presentado a estos contratos ha sido de 2,36 licitadores. Sin embargo, en aquellos contratos en los que, según el criterio de la ONE, quedaba acreditada la transferencia de riesgo operacional, la media de licitadores que se han presentado ha sido de 0,60 licitadores, incluyendo dos casos en los que la licitación quedó desierta.

exposición al riesgo de mercado y no exista un mecanismo que compense los costes al concesionario.

Esta lectura de la Directiva (que es la vigente en el resto de Estados miembros de la UE)²⁴ permite calificar como concesión de servicios la adjudicación de un contrato para la prestación de servicios remunerado por la Administración en función, no del número real de usuarios finales que usan el servicio, sino de la disponibilidad del servicio conforme a unos estándares de cantidad y calidad determinados en el contrato; siempre –claro está– que el precio que la Administración debe pagar al concesionario no le garantice la recuperación de las inversiones realizadas y de los costes de explotación (por ejemplo, poniendo límites a las deducciones o penalidades por incumplimiento o estableciendo una cobertura general de la deuda del concesionario) o que la pérdida atribuible al concesionario no sea puramente nominal o insignificante.

Por lo demás, la norma comunitaria es concluyente: la concesión requiere que no esté garantizada la recuperación de las inversiones ni los costes de explotación del servicio “*en condiciones normales de funcionamiento*”. Esto significa que es compatible tanto con una duración razonable que garantice el principio de remuneración suficiente del concesionario, como con el mantenimiento del equilibrio económico del contrato ante circunstancias sobrevenidas que produzcan una mayor onerosidad del contrato (ya se trate de un supuesto de riesgo imprevisible, de actuaciones de la Administración concedente que resulten obligatorias para el concesionario o causas de fuerza mayor).

Segundo. De igual modo, se debería flexibilizar la fórmula aplicable para determinar el “*periodo de recuperación de la inversión*” a los efectos de determinar la duración del contrato de concesión, prevista en el art. 29.6 LCSP.

Según aprecia el *informe especial de la OIREscon*, los proyectos no resultan suficientemente atractivos para los operadores económicos en términos de rentabilidad/riesgo. En julio de 2020, la CEOE presentó al Gobierno una “*Propuesta de cambio normativo para favorecer el impulso de los planes de colaboración público-privada en el ámbito de las infraestructuras*”, en la que se reclamaba una tasa de descuento situada entre el 7,4% y el 12,59%, con el fin de poder atraer a los fondos de inversión, bancos y constructoras en la financiación de nuevos proyectos. Este porcentaje suponía elevar la tasa de descuento aplicable en un mínimo de cuatro puntos porcentuales²⁵.

La fórmula propuesta por la patronal era aplicar el rendimiento medio del bono del Estado a 30 años (en lugar de 10), más la prima actual de mercado atribuible a España

²⁴ En Francia no existe este debate, valorándose únicamente si el contrato conlleva algún tipo de riesgo para el concesionario. En Italia, el *Codice dei contratti Pubblici* de 2023 aclara que el riesgo transferido puede ser tanto el riesgo de demanda como el riesgo de suministro (que asimila al de disponibilidad) y que resulta compatible con la preservación del equilibrio económico-financiero, sin que ello afecte a la naturaleza de la concesión. Y, en Alemania, la limitación del riesgo transferido en sectores de uso y prestación obligatoria de servicios públicos en áreas de interés general no es contrario a la categorización como concesión de servicios (salvo que exista la garantía de pagar al concesionario todos los costes).

²⁵ Entre el 15 de enero y el 15 de julio de 2022, el bono del Estado a 10 años experimentó un incremento de su interés progresivo hasta situarse, en promedio, en el 1,77%. De este modo, la tasa de descuento se situaba en el 3,77% (antes de impuestos), muy alejada de las rentabilidades mínimas que el mercado financiero exigía, lo que hacía inviable los contratos de concesión, por insuficiencia del plazo de duración que se deduce de la fórmula legal.

por un inversor privado, que se estima en el 6,4%. A ello, habría que añadir el riesgo específico asociado al proyecto, que dependerá de su tipología y matriz de transferencia de riesgos asignada al socio privado, lo que implicaría un aumento (con riesgo de demanda) o decremento (pago por disponibilidad) de la tasa. La subasta del Tesoro del 7 de julio de 2020 fijó el interés de la deuda a 30 años en el 3,192%, por lo que la tasa de descuento debía situarse en el 9,59% antes de impuestos.

Esta reivindicación del sector privado ha tropezado siempre con la oposición del Ministerio de Hacienda. Sin embargo, con motivo de la recepción de los fondos *Next Generation*, con el fin de incentivar el recurso a esta modalidad de colaboración público-privada, el Gobierno introduce un tipo de descuento mayor para aquellas concesiones que se financien con cargo a fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que se traduce en un notable incremento del plazo de duración de las concesiones. Es así que, según el *artículo 56 del Real Decreto-ley 36/2020* (que es posterior a la propuesta de la CEOE), la tasa de descuento a aplicar en estos casos será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del estado a 30 años incrementado en un diferencial de hasta 300 puntos básicos (lo que la aproxima al 7% que reclamaba la patronal).

No cabe duda que la utilización de un tipo de descuento mayor va a redundar en un notable incremento de la duración de las concesiones y, por ende, en un mayor atractivo de las concesiones. No obstante, conviene tener en cuenta que en los países de nuestro entorno no se establece una tasa de descuento que limite la rentabilidad de los proyectos concesionales en los términos que lo hace la legislación española²⁶. La rentabilidad suele determinarse en cada caso por el órgano de contratación en función del tipo de proyecto y los riesgos específicos asumidos por el concesionario (en algunos países se determina tras un proceso de diálogo y negociación con los operadores económicos).

En este sentido, cabe destacar que el grupo de trabajo creado en el seno de la OIReScon propone modificar el artículo 29 LCPS con el fin de desvincular la rentabilidad de los proyectos y, por ende, la duración de las concesiones de la normativa de desindexación de la economía, aplicando en su lugar métodos de análisis económico financiero generalmente aceptados, como la fórmula de cálculo de coste medio ponderado del capital o el método del valoración de activos financieros (*Informe especial*, págs. 201-205).

Tercero. Teniendo en cuenta la complejidad de este tipo de contratos, el impulso de las concesiones pasa también por introducir cierta flexibilización del procedimiento, atribuyendo al órgano de contratación la capacidad de *negociar con los operadores económicos*, en una fase previa, que le permita una mejor determinación del objeto, del nivel de riesgo a transferir, del valor estimado del contrato y de la duración de la misma, etc. De esta forma se podrá conseguir una mayor eficiencia del proceso de licitación y un mayor porcentaje de concurrencia, reduciendo a su vez el número de adjudicaciones desiertas, como sucede en otros Estados miembros de la UE.

²⁶ En Francia, la posibilidad de que la rentabilidad sea mucho más elevada que los gastos de explotación se puede evitar incorporando una *cláusula de remuneración razonable*, que permita reducir la duración de la concesión cuando se alcancen los objetivos económicos (evitando así el riesgo de beneficio excesivo).

Cuarto. También es necesario reforzar la *supervisión y evaluación* de las concesiones otorgadas por parte de las Administraciones contratantes, con el fin de verificar que se ejecutan con eficacia y eficiencia y, en su caso, poder anticiparse a un posible incumplimiento, adoptando medidas que lo evite.

No tenemos cifras oficiales sobre las concesiones que se ejecutan correctamente, ni de aquellas que se resuelven de forma anticipada o que son objeto de secuestro o de rescate. Tampoco existe información analítica sobre los porcentajes de las modificaciones que se llevan a cabo, ni de los importes económicos de las modificaciones, lo que podría alterar la naturaleza del contrato.

Esta información es fundamental para determinar si la retribución del concesionario, el traslado del riesgo operacional o el periodo de recuperación de la inversión se han calculado correctamente. En este sentido, resulta importante disponer de una base de datos analítica para contratos de similar características.

Como sabemos, el artículo 333 LCSP atribuye a la *Oficina Nacional de Evaluación* (ONE) o al *órgano autonómico equivalente* la obligación de informar la licitación de las concesiones, así como los acuerdos de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de las mismas (en los casos previstos en los artículos 270.2 y 290.4 LCSP), cuando el valor estimado del contrato sea superior a un millón de euros. Este límite económico se incorporó por la Ley 31/2022, lo que ha supuesto una reducción considerable del número de solicitudes de informe. Este informe evaluará si las compensaciones financieras establecidas mantienen una rentabilidad razonable²⁷. Sin embargo, no existe una información agregada, que recoja la información de todos estos organismos, que pueden resultar de gran utilidad para los órganos de contratación.

Quinto. Por último cabe insistir en algo que se repite constantemente, como es la *formación y especialización* de los órganos de contratación.

El *informe especial del OIReScon* recoge importantes deficiencias en la tramitación y en la documentación exigida, que afectan a la calificación de los contratos, a la valoración de la transferencia del riesgo operacional (en el 95% de las concesiones de 2022 analizadas únicamente se incluía una mera referencia más a la norma o una explicación genérica de dicho concepto), al periodo de recuperación de las inversiones (en el 70% de las concesiones de 2022 superiores 5 años no se justificaba el cálculo), al procedimiento aplicable (incumplimiento del art. 131.2 LCSP o aplicación del procedimiento abierto simplificado), entre otras.

Junto a la calidad de la información y a la elaboración de material de apoyo (guías y modelos de documentos) resulta indispensable reforzar, desde las entidades públicas, la formación especializada de los funcionarios públicos. En este sentido, cabría plantear la necesidad de acreditar algún tipo de formación especializada para poder tramitar contratos públicos de cierta relevancia y, en particular, las concesiones de obras y de servicio.

²⁷ De acuerdo con la *Memoria de Actividad de la ONE de 2023*, desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2023 se han recibido 25 solicitudes de informe, habiéndose tramitado además 10 solicitudes que se encontraban en tramitación. De las 25 solicitudes de informe de 2023 sólo 4 tienen por objeto el restablecimiento del equilibrio del contrato (ninguna corresponde a órganos de contratación autonómicos): sobre estos informes no se aporta ningún tipo de información.

En definitiva, a modo de cierre, de las concesiones bien se podría predicar el popular aforismo que dice que “entre todos la mataron y ella sola se murió”. Sin embargo, esta situación contrasta con la relevancia que las autoridades europeas y nacionales le reconocen en escenarios de crisis presupuestaria, como los vividos en los últimos años, motivo por el que apuestan abiertamente por su reactivación. Lo cierto es que el actual marco normativo produce el efecto contrario.

Una interpretación restrictiva de las concesiones, como se ha llevado a cabo en los últimos años en España, obligará a acudir a fórmulas de colaboración público-privadas (contractuales e institucionales) sin riesgo operacional por la vía de la legislación excepcional. Y, en su caso, a recuperar viejas modalidades de colaboración que queden extramuros de la LCSP (como pueden ser los contratos patrimoniales o como viene sucediendo con la acción concertada o los conciertos para la prestación de servicios sociales), lo que genera nuevos problemas no previstos en la normativa. En estos casos, como dice otro conocido refrán, el remedio podría ser peor que la enfermedad.